مطالب أولي النهى

في شرح

غاية المنتهى

تأليف

الفقيه العلامة الشيخ مصطفى السيوطي الرحيباني

و

تجريد زوائد الغاية والشرح

تأليف

الفقيه العلامة الشيخ حسن الشطي

الجزء الرابع

طبع على نفقة

صاحب السمو الشيخ علي ابن الشيخ عبدالله بن قاسم آل ثاني حفظه الله

منشورات المكتب الاسلامي بدمشق

هذا الكتاب

وقف لله تعالى

من صاحب السمو

الشيخ علي بن عبد الله آل ثاني

حفظه الله

﴿ كتاب الغصب ﴾

وجناية البهائم وما في معنى ذلك من الإتلاف ، وهو مصدر غصب يغصب من باب ضرب يضرب،ويقال : اغتصبه يغتصبه اغتصاباً والشيء مغصوب،وهو في اللغة أخذ الشيء ظلماً ، قاله الجوهري وابن سيده .

وهو محرم بالكتاب والسنة والإجماع ؛ لقوله تعالى : « يا أيها الذين آمنوا لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل » [1] وقوله تعالى : «ولا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل وتدلوا بها إلى الحكام» [2] وقوله : «والسارق والسارقة فاقطعوا أيديهما » [3] والسرقة نوع من الغصب . وروى جابر : « أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال في خطبته يوم النحر: « إن دماءكم وأموالكم حرام كحرمة يومكم هذا في بلدكم هذا في شهركم هذا » . رواه مسلم وغيره ، وقوله عليه الصلاة والسلام : « لا يحل مال امريء مسلم إلا عن طيب نفس منه » . رواه الجوزجاني .

والغصب في الشرع (استيلاء غير حربي) بفعل يعد الاستيلاء (عرفاً على حق غيره) من مال أو اختصاص (قهراً بغير حق) ، فتخرج الشفعة ، ومنه المأخوذ مكسا ونحوه،فلا يحصل بلا استيلاء ؛ وعلم منه أن الاستيلاء الحربي على مالنا ليس غصباً ؛ لأنه يملكه بذلك كما تقدم في الغنيمة ، وأن السرقة والنهب والاختلاس ليست غصباً ؛ لعدم القهر فيها ، وأن استيلاء الولي على مال موليه ليس غصباً ؛ لانه بحق .

---

(١) سورة النساء ، الآية : ٢٩

(٢) سورة البقرة ، الآية : ١٨٨

(٣) سورة المائدة ، الاية : ٣٨

(ويتجه) أنه (لا) يكون استيلاء مستأجر (على) عين (مؤجرة بأجرة) معلومة مع فلس مستأجر غصباً ، (و) لا استيلاء مشتر على منقص (بيع بثمن) معلوم (مع) ظهور (فلس) مشتر غصباً ، لمصادفة ذلك عقداً صحيحاً ابتداء ، وظهور الفلس لا يقدح فيه ، وهو متجه [1] .

(ويضمن عقار) – بفتح العين – بغصب ، لحديث : « من ظلم شبراً من أرض طوقه الله يوم القيمة بسبع أرضين » . متفق عليه بمعناه ؛ وفي لفظ : « من غصب شبراً من الأرض » . ولأنه يملك الاستيلاء عليه على وجه يحول بينه وبين مالكه ؛ كسكناه الدار ومنع صاحبها منها ؛ أشبه أخذ الدابة والمتاع .

(و) تضمن (أم ولد) بغصب ؛ لجريانها مجرى المال ، بدليل أنها تضمن بالقيمة في الإتلاف ؛ لكونها مملوكة كالقن ؛ بخلاف الحرة فإنها ليس بمملوكة ، فلا تضمن بالقيمة .

(و) يضمن (قن بغصب) ذكراً كان أو انثى – ولو مكاتبا أو مدبراً أو معلقا عتقه بصفة – كسائر المال .

(واستيلاء كل شيء بحسبه ، فمن ركب دابة واقفة) ليس عندها ربها ، أو كان عندها . لكن ركبها (بلا إذنه ؛ فهو غاصب ، ولو لم يسيرها) ، بل تركها واقفة .

ولا يحصل الغصب من غير الاستيلاء ، (فمن دخل أرض شخص أو داره) ، سواء كان بإذنه أو (بلا إذنه ، ولم يمنعه إياها) ؛ لم يضمن بدخوله ، سواء كان صاحبها فيها أو لم يكن حيث لم يقصد الاستيلاء ؛ كما لو دخل صحراء له ؛ لأنه إنما يضمن بالغصب ما يضمن بالعارية ، وهذا لا تثبت به العارية ، ولا يجب به الضمان فيها ؛ فكذلك لا يثبت به الغصب إذا كان بغير إذن .

---

(١) أقول : ذكره الجراعي ، وهو صريح في كلامهم . انتهى .

فائدة : لا يشترط لتحقق الغصب نقل العين ، فيكفي مجرد الاستيلاء ، فلو دخل دارا قهرا وأخرج ربها؛فغاصب ، وإن أخرجه قهرا ، ولم يدخل ،أو دخل مع حضور ربها وقوته ؛ فلا ، وإن دخل قهراً ، أو لم يخرجه ؛فقد غصب ما استولى عليه ، وإن لم يرد الغصب فلا ، وإن دخلها قهراً في غيبة ربها؛فغاصب — ولو كان فيها قماشه — ذكره في « المبدع » .

(ولا تثبت يد غاصب على بضع) — بضم الباء — وجمعه أبضاع كقفل وأقفال ، يطلق على الفرج والجماع والتزويج ، والبضاع الجماع لفظا ومعنى ، (فيصح) من مالك (تزويج أمة غصبت) وهي بيد غاصبها — ولو كانت أم ولد أو مدبرة أو مكاتبة ، (ولا يضمن) الغاصب (مهرها لو) حبسها عن النكاح حتى (فات) نكاحها (بكبرها ، ولا) يضمن الغاصب (نفعه) — أي: البضع — لأن النفع إنما يضمن بالتفويت إذا كان مما تصح المعاوضة عليه بالإجارة ، والبضع ليس كذلك .

(وإن غصب) شخص (خمر مسلم ضمن) الغاصب (ما تخلل بيده) منها إن تلفت قبل رده ؛ لأنها صارت خلا على حكم ملك المغصوبة منه ، ويلزمه رد ما تخلل ؛ لأن يد الأول لم تزل عنها بالغصب ، فكأنها تخللت في يده ، وقوله مسلم ليس بقيد ، بل خمر الذمي إذا تخلل بيد الغاصب يجب رده بطريق الأولى؛ لأنه كان يجب رده قبل التخلل ، فبعده أولى .

و (لا) يضمن (ما تخلل بما جمع) من خمر (بعد اراقة) ، فلا يلزمه رده؛ لزوال يده هنا بالإراقة .

(ويتجه وهو) — أي : المتخلل بعد الإراقة —(لمريقه) يملكه بحوزه كالماء والكلأ ، وكذلك لو جمعه غيره ، فيكون له ؛ لأنه وقت الإراقة لم يكن مالا ، فلا يسلط عليه ملك بمجردها، بل بجمعه بعد التخليل ، (إلا أن تحيل)

المريق على التخليل ، فيمنع من تناولها ، لأنها نجسة ، وهو متجه [1] .

(ويجب رد خمرة ذمي مستترة)غصبت (كخمر خلال) ؛ لأنه غير ممنوع من إمساكهـــا ، وكذا لو غصب دهناً متنجساً ، لأنه يجوز الاستصباح به في غير مسجد .

(و) يجب رد (كلب يقتنى) ككلب لصيـــد وماشية وحرث ؛ لجواز الانتفاع به ، و (لا) يجب رد (قيمتها) – أي : الخمر – لذمي أو خلال ،ولا الكلب (مع تلف) ؛ لتحريمها ؛ فهما كالميتة .

(ولا) يلزم رد (جلد ميتة غصب) – ولودبغه – (لأنه لايطهربدبغ) على الصحيح من المذهب .

(ويتجـه باحتمال) قوي أنه (يلزم رده) – أي : جلد الميتةالذي دبغ – إن كان (باقيا لمن يرى طهارته)؛ كحنفي غصبه آخر جلد ميتة يطهرلو دبـغ ، فيجب رده إليه ؛ لأنــه متمول عنده ، (وكذا اكل مختلف فيه) ؛ كدهن متنجس غصب ممن يرى طهارته بغسله ، فيلزم رده إليه ، (و)إذا رفع الأمر إلى (الحاكم) ؛ فليس له أن(يحكم) إلا (بمذهبه) ، فإن كان عنده يطهربالدبغ حــكم برده ، وإلا فلا ، (ومع تلف) الجلد (لم يحكم عليــه) برد بدله ؛ لأنه غير متمول ، واختار الحارثي يجب رده حيث قلنا ينتفع به في اليابسات ؛ لأن فيه نفعاً مباحاً كالكلب المقتنى ، وصححه في« تصحيح الفروع » وهو القياس ،

---

(١) أقول : ذكره الجراعي ، وقرر نحوا مما قرره شيخنا، وليس هـــذا المراد ، وانما المراد منه على مايظهر أن غاصبها أراقها لتزول يد صاحبها ، ثم جمعها لتتخلل بنفسها، إذ لو أبقاها حتى تخللت لوجب ردها لصاحبهـــا ، فأراد التخلص من ذلك بالتحيل ، فعلى ما ذكره المصنف لايفيده التحيل شيئاً ، بل يجب ردها ، ولم أر من صرح به ، وليس المراد ما كتبه شيخنا كالجراعي من أن التحيل للتخليل ،والبحث بمقتضى قاعدة الحيل ، وأما ظاهر كلامهم فالاطلاق ، فتأمل . انتهى .

وقطع به ابن رجب، واختاره أيضاً الموضح ، وقال : وصرحوا بوجوب ودهفي الإقرار بالمجمل ، وهو اتجاه حسن [1] .

(ولا يضمن حر) كبير أو صغير (باستيلاء عليه) ؛ بأن حبسه ، ولم يمنعه الطعام والشرب ، فمات عنده، هذا المذهب،وعليه جمهور الأصحاب؛لأن اليد لا يثبت حكمها على الحر ، (وتضمن ثياب) حر (صغير وحليه)—وإن لم ينزعه عنه — لأنه مال ، ولأن الصغير لا ممانعةمنه عن ذلك ؛ أشبه ما لو غصبه منفرداً . وعلى من أبعده عن بيت أهله رده إليه ، ومؤنة الرد عليه ،و (لا) يضمن (هو) — أي : الصغير — لأنه ليس بمال ، ومحل عدم ضمان الصغير،(مالم يغله) ؛ أي : يجعل في عنقه حديدة مستديرة ، (أو يتلف الصغير بنحو حيّة) بأن يلقيه مكتوفا بفضاء ،فتمر به دابةفتقتله ، (كما) يأتي(في الديات)مفصلا، وفي بعض النسخ ، (ويتجه ومع بقاء صغير) في الحيـــاة (يلزم) الغاصب (بتحصيله) ، ورده إلى أهله ، وهو متجه [2] .

(ولا) تضمن (دابة) غصبت ، و (عليها مالكها الكبير ومتاعه) ؛لأنها في يد مالكهـا . قاله القاضي في « الخلاف الكبير » واقتصر عليه في القاعدة الثانية والتسعين .

(وإن استعمله) — أي : الحر صغيراً كان أو كبيراً — (كرهـاً) في خدمة أو خياطة أو غيرها ؛ فعليه أجرته ؛ لاستيفائه منافعه المتقومة ، فضمنها ؛ كمنافع اليد ، (أو حبسه) — أي : الحر — (مدة) لها أجرة (فعليه أجرته) مدة حبسه ؛ لأنه فوته منفعته مدة الحبس ، وهي مال يجوز أخذ العوض عنها؛

---

(١) أقول : قوله وكذا الخ ليس في نسخة الجراعي،ولم أر من صرح به ، وهو ظاهر لما له من النظائر ويؤخذمن كلامهم هنا وفي باب القضاء ، ولأن في المذهب من يقول بلزوم الرد لمن لايرى طهارته بدبغ على ما فصل في ذلك،ففي بحث المصنف بالاولى ، فتأمل. انتهى.

(٢) أقول : صرح به في « الاقناع » وغيره . انتهى .

فضمنت بالغصب؛ كمنافع العبد، ولا أجرة (إن منع) إنسان آخر – (ولو) كان الممنوع (قنا) – (العمل من غير غصب) ، ولا حبس ؛ لعدم تلفها تحت يده ، ولأنه في يد نفسه أو سيده ، ومنافعه تلفت معه ؛ كما لا يضمن هو ولا ثيابه إذن .

(ولا يضمن ربح فات) على مالك (بحبس) غاصب (مال تجارة) مدة يمكن أن يربح فيها إذا لم يتجر فيه غاصب ؛ كما لو حبس عبداً يريد مالكه أن يعلمه صناعة مدة يمكن تعليمه الصناعة فيها ، فإن الصناعة لا تقوم على غاصب في تضمين منافعه ، ولا في تضمين عينه ، ان تلف ؛ لأنها لا وجود لها .

(فصل : ويجب على غاصب ردّ مغصوب) الى محله الذي غصب منه إن (قدر) الغاصب (عليه) – أي : على رده – بأن كان باقياً ، (ولو) كان رده (بأضعاف قيمته) – أي : لمغصوب – (لكونه بنى عليه) ؛ بأن غصب حجراً أو خشباً قيمته درهم ، فبنى عليه ، واحتاج في إخراجه ورده الى خمسة دراهم ، (أو) لكونه (بعيداً) ؛ بأن حمل مغصوباً قيمته درهم إلى بلد بعيد بحيث تكون أجرة حمله إلى البلد المغصوب منه أضعاف قيمته ، (أو خلط بمتميز) ؛ بأن غصب شعيراً ، فخلطه بذرة (ونحوه) ؛ كما لو غصب حيواناً وأفلته بمكان لا يمكنه الخروج منه ، لكنه تعسر مسكه فيه ، ويحتاج في ذلك إلى أجرة ؛ فتلزم الغاصب ؛ لقوله عليه الصلاة والسلام : « على اليد ما أخذت حتى تؤديه » . رواه ابن ماجة والترمذي وحسنه ، ولحديث : « لا يأخذن أحدكم متاع أخيه لاعبا أو جاداً ، فإذا أخذ عصا أخيه فليردها اليه ، أو يردها عليه » . رواه أبو داود ، ولأنه أزال يد المالك عن ملكه بغير حق ، فلزمه اعادتها ، وأما كونه يلزم غرم تخليصه ومؤنة حمله ، فلأن ذلك حصل بتعديه ، فكان أولى بغرمه من مالكه ؛ لأن الشارع لم ينظر إلى مصلحة المتعدي .

(وإن قال رب) مغصوب (مبعد) لغاصب بعده عن بلد الغصب :

(دعه) بالبلد الذي هو فيها ، (واعطني أجرة رده الى بلد غصبه) ، أو طلب من الغاصب حمل المغصوب إلى مكان آخر في غير طريق الرد ؛ (لم يجب) ؛ أي : لم يلزم الغاصب إجابته إلى ذلك ؛ لأنها معاوضه ، فلا يجبر عليها ، وكذا لو بذل الغاصب للمالك أكثر من قيمته ، ولا يسترده ، فإن المالك لا يلزمه ذلك ؛ لما تقدم ، وإن أراد المالك من الغاصب رد المغصوب إلى بعض الطريق فقط ؛ لزمه ؛ لأنه يلزمه الى جميع المسافة ، فلزمه إلى بعضها كما لو أسقط رب الدين عن المدين بعض الدين ، وطلب منه باقيه ، ومهما اتفقا عليه من ذلك ؛ جاز ؛ لأن الحق لا يعدوهما .

(وإن سمر) الغاصب (بالمسامير) المغصوبة (باباً) أو غيره ؛ (قلعها) وجوباً ، (وردها) ؛ للخبر المتقدم ، ولا أثر لضرره ؛ لأنه حصل بتعديه .

تنبيه : وإن كانت المسامير من الخشبة المغصوبة أو كانت من مال المغصوب منه ؛ فلا شيء للغاصب في نظير عمله ؛ لتعديه به ، وليس له قلعها ؛ لأنه تصرف لم يؤذن له فيه إلا أن يأمره المالك بقلعها ، فيلزمه القلع ، وإن كانت المسامير للغاصب ، فوهبها للمالك ؛ لم يجبر المالك على قبولها ؛ لما عليه من المنة ، وإن استأجر الغاصب على عمل شيء من المذكور ؛ فالأجر عليه ؛ لأنه غر العامل .

(وإن زرع) الغاصب (الأرض) المغصوبة ، ثم ردها ـ وقد حصد زرعه ـ (فليس لربها) ـ أي : الأرض ـ (بعد حصد) الزرع (إلا الأجرة) ـ أي : أجرة المثل عن الأرض إلي تسليم الغاصب ـ لأنه استوفى نفعها ، فوجب عليه عوضه ؛ كما لو استوفاه بالإجارة ، ولأن المنفعة مال ، فوجب أن تضمن كالعين ، وعليه ضمان النقص إن نقصت ؛ كسائر الغصوب ، ولو لم يزرع الغاصب الأرض ، فنقصت لترك الزراعة ؛ كأراضي البصرة ، أو نقصت لغير ذلك ؛ ضمن نقصها ؛ لحصوله بيده العادية ، وإن أدرك الأرض ربها ـ والزرع قائم ـ فليس له إجبار الغاصب على قلعه ؛ لما روي رافع بن خديج : « أن النبي صلى الله عليه

وسلم قال : «من زرع في أرض قوم بغير إذنهم ؛ فليس له من الزرع شيء ، وله نفقته » . رواه أحمد وأبو داود الترمذي وحسنه ، ولأنه أمكن رد المغصوب إلى مالكه من غير إتلاف مال الغاصب على قرب من الزمان ، فلم يجز إتلافه ؛ كما لو غصب سفينة ، فحمل فيها متاعه ، وأدخلها لجة البحر ؛ لا يجبر على القائه فكذا هنا ؛ صيانة للمال عن التلف ، وفارق الشجر لطول مدته ، وحديث : « ليس لعرق ظالم حق » . محمول عليه ؛ لأن حديثنا في الزرع ، فيحصل الجمع بينهما (ويخير) مالك (قبله) ـ أي : قبل حصاده ـ (ولو) كان المالك (مالك المنفعة) ـ أي : منفعة الأرض بإجارة ونحوها (بين تركه) ـ أي : الزرع ـ (إليه) ـ أي : إلى الحصاد ـ (بأجرته) ـ أي : أجرة مثله ـ وأرش نقصها ان نقصت ، (أو تملك) ـ أي : الزرع ـ (بنفقته) ؛ لأن كل واحد منهما يحصل به غرضه ، فملك الخيرة بينهما تحصيلا لغرضه ، (وهي مثل البذر وعوض لواحقه من حرث وسقي) وغيرهما ؛ لقوله عليه الصلاة والسلام في الحديث السابق : وله نفقته . قال الإمام : انما أذهب الى هذا الحكم استحساناً على خلاف القياس ـ أي : استحساناً للعمل بحديث رافع ابن خديج المتقدم ـ وليس المراد الاستحسان الأصولي الذي هو في اللغة اعتقاد الشيء حسناً ، وفي عرف الأصوليين العدول بحكم المسألة عن نظائرها لدليل شرعي ، وظاهره ولو كان عمل الحرث ونحوه بنفسه ؛ لأن العمل متقوم استهنك لمصلحة الزرع ، فوجب رد عوضه ؛ كما لو استأجر من عمله ، ولأن في كل من تبقيته بأجرته وتملكه بنفقته تحصيلا لغرض رب الأرض ، فملك الخيرة بينهما ، وحيث اختار المالك أخذ الزرع بنفقته ؛ فلا أجرة على الغاصب لمدة مكثه في الأرض المغصوبة ؛ لأن منافع الأرض في هذه المدة عادت إلى المالك ، فلم يستحق عوضها على غيره ، ويزكي الزرع رب الأرض ان أخذه قبل اشتداده ؛ لوجوبها وهو في ملكه ، إن تملكه بعد اشتداد الحب ؛ فزكاته على الغاصب ؛ لأنه المالك وقت وجوبها ، صححه في « الإنصاف » .

فائدة : قال الشيخ تقي الدين فيمن زرع بلا إذن شريكه، والعادة بأن من زرع فيها له نصيب معلوم، ولربها قسم ما زرعه في نصيب شريكه كذلك قال : ولو طلب أحدهما من الآخر أن يزرعه أو يؤاجره فيهـا فأبى ؛ فللأول الزرع في قدر حقه بلا أجرة كدار بينهما فيها بيتان ، سكن أحدهما عند امتناعه مما يلزمه انتهى ، قال في « الإنصاف» وهو الصواب ولا يسع الناس غيره .

(وإن غرس) غاصب (أو بنى فيها) ـ أي: الأرض المغصوبة ـ (أخذ) ؛ أي : ألزم (بقلع غرسه أو بنائه) اذا طلبه رب الارض بذلك ؛ لقوله عليه الصلاة والسلام : « ليس لعرق ظالم حق » .رواه الترمذي وحسنه ، وفي رواية أبي داود والدار قطني من حديث عروة بن الزبير قـال : ولقد أخبرني الذي حدثني هذا الحديث : « أن رجلين اختصما إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم، غرس أحدهما نخلًا في أرض الآخر ، فقضى لصاحب الارض بأرضه ، وأمر صاحب النخل أن يخرج نخله منها ، فلقد رأيتها وإنها لتضرب أصولها بالفؤوس ، وإنها لنخل عم » . والعم الطوال . قـــال أحمد : (و) أخذ الغاصب ايضا (بتسويتها) ـ أي : الارض ـ (وأرش نقصها) ؛ لانه ضرر حصل بفعله ؛ فلزمه ازالته كغيره ، (و)عليه (أجرتها)ـ أي أجرة مثل الارض ـ مدة احتباسها؛ لان منافعها ذهبت تحت يده العادية ، فكان عليه عوضها كالاعيان ، (حتى ولو كان) الغاصب (أحد الشريكين) في الارض المغصوبة ، (أو لم يغصبها) الغارس أو الباني فيها ، (لكن فعله بغير اذن) للتعدي.

(ولا يملك) رب الارض (أخذه) ـ أي : البناء أو الغراس ـ من الغاصب مجاناً ولا (بقيمته) ؛ لانه عين مال الغاصب ، فلم يملك رب الارض أخذه ؛ كما لو وضع فيها أثاثا أو نحوه ، ولانها معاوضة فلم يجبر المالك عليها ، وهذا مقطوع به عند جمهور الاصحاب .

فائدة: إن اتفقا على الغراس؛ فالواجب قيمة الغراس، حكاه ابن أبي موسى وغيره.

(ولو) أدرك رب الارض المغصوبة (الثمر) فيها وأراد أخذه (فقط) دون أصله (قهراً) ؛ منع منه؛ لانه ثمر شجر الغاصب، فكان له؛ كالاغصان والورق ولبن الشاة ونسلها، وما تقدم من أن لصاحب الارض تملك الزرع بنفقته؛ فهو مخالف للقياس، وإنما صار إليه الامام؛ للاثر، فيختص الحكم به، ولا يعدى إلى غيره، ولان الثمرة تفارق الزرع من وجهين: أحدهمـــا أن الزرع نماء الارض، فكان لصاحبها، والثمر نماء الشجر؛ فكان لصاحبه. الثاني أنه يرد عوض الزرع إذا أخذه مثل البذر الذي نبت منه الزرع مع ما أنفق عليه؛ ولا يمكنه مثل ذلك في الثمرة.

تنبيه: وإن غصب شجرا فأثمر؛ فالثمر لصاحب الشجر بغير خلاف نعلمه؛ لانه نماء ملكه؛ لأن الشجر عين ملكه نما وزاد، فأشبه ما لو طالت أغصانه، ويرد الثمن إن كان باقياً، وبدله إن تلف، وإن كان رطباً، فصار تمراً أو عنباً فصار زبيباً، فعليه رده وأرش نقصه إن نقص، ولا شيء له بعمله، ولا أجرة عليه للشجر؛ لان أجرتها لا تجوز في العقود؛ فكذلك في الغصب، وإن نفع الشجر تربية الثمر وإخراجه، وقد عادت هذه المنافع إلى المالك، ولو كانت ماشية؛ فعليه ضمان ولدها إن ولدت عنده، وضمان لبنها بمثله؛ لانه من ذوات الامثال، ويضمن أوبارها، وأشعارها بمثله؛ كالقطن.

(وإن وهب) الغاصب الغراس أو البناء (لمالكهـا) - أي: الارض - ليتخلص من قلعه، فقبله المالك؛ جاز؛ لتراضيهما، وإن ابى المالك قبول ذلك، وكان لرب الارض في قلعه غرض صحيح، أو لا؛ (لم يجبر) رب الارض (على قبوله) من الغاصب؛ لأن ذلك اليه؛ فلا يجبر عليه. (و) إن زرع الغاصب في (نوى)، فصار شجرا، فحكمه (كغرس) كما تقدم، (ونحو رطبة) كنعناع وبقول مما يخرج مرة بعد أخرى (وقثاء) يتكرر حمله وباذنجان؛ (كزرع)

فيما تقدم في أن رب الارض اذا أدركه قائماً له أن يتملكه بنفقته ؛ لأنه ليس له أصل قوي ، أشبه الحنطة والشعير .

(ومتى كانت آلات البناء من مغصوب) ؛ بأن كان فيه لبناً أو آجراً ، أو ضرب منه ذلك ، وبنى به فيه ؛ فعليه (أجرتها مبنية) ؛ لأن البناء والارض ملك للمغصوب منه ، ولا اجرة للغاصب لبنائه ، (ولا يملك) غاصب (هدمها)؛ لانه لا ملك له فيه ، ولم يأذن له ربه فيه ، فإن نقضه ؛ فعليه أرش النقض الحاصل بنقضه ، (والا) تكن آلات البناء من المغصوب ، بل إن كانت للغاصب ؛ بأن بناها بلبن من غير ترابها ، (فعليه أجرتها) غير مبنية ؛ لأنه انما غصب الارض وحدها ، وأما بناؤه بآلاته فله .

(فلو أجرهما) ؛ أي : أجر الغاصب الارض وبناءه الذي ليس منها ؛ (فالاجرة) المستقرة على المستأجر بين الغاصب ورب الارض (بقدر قيمتها) ؛ أي : توزع بينها بالمحاصة بقدر أجرة مثل الارض ، وأجرة البناء ، فينظر كم أجرة الارض مبنية ثم أجرتها خالية ؛ فما بينها فهو أجرة البناء ، فيختص كل واحد بأجرة ماله ، ولو جصص الغاصب الدار أو زوقها ؛ فحكمه كالبناء ؛لأنه شغل ملك غيره بما لا حرمة له .

(ومن غصب أرضاً وغراساً منقولاً من) شخص (واحد فغرسه) ـ أي الغراس (فيها) ـ أي الارض المغصوبة ـ فالكل لمالك الارض ، ولا شيء للغاصب في نظير فعله ؛ لتعديه به ، (ولم يملك) الغاصب (قلعه) ؛ لأن مالكها واحد ، ولا يتصرف في غيره في ملكه بلا إذنه ، (وعليه) ـ أي : الغاصب ـ (إن فعل) ؛ أي: قلع الغراس بغير اذن مالك ، تسويتها ونقصها ونقص غراسه ؛ لتعديه به ، (أو طلبه) ـ أي : القلع ـ (ربها) ـ أي : رب الارض والغراس ـ (لغرض صحيح) ؛ بأن كان لا ينتج مثله في تلك الارض مثلاً (لا عبث) ؛ إذ لا فائدة في العبث (تسويتها) ـ أي الارض ـ وعليه أرش (نقصها ، و)

أرش (نقص غراس) ؛ لحصوله بتعديه ، وإن لم يكن للمالك غرض صحيح ؛ لم يجبر الغاصب على القلع ؛ لأنه سفه ، وإن أراد الغاصب قلع الغراس أو البناء ابتداء من غير طلب من المالك ؛ فله منعه من القلع ؛ لأنه ملكه ، فليس لغيره التصرف عليه بغير إذنه ، ويلزم الغاصب أجرة المغصوب مبنياً ؛ لأن البناء والارض ملك لربها ، وتقدم .

وفي بعض النسخ (ويتجه ويلزمه) — أي القابض — (عوده) — أي الغراس — اذا قلعه بدون إذن مالك الارض (حيث) تقرر أنه (لا يملك) الغاصب (قلعه) ؛ كما لو هدم بناء ، فيلزمه عوده ، وهو متجه [1] .

(ولو غصب أرضاً لرجل ، و) غصب (غرساً لـ) شخص(آخر ، فغرسه فيها) — أي في الارض المغصوبة — ثم وقع النزاع في مؤنة القلع ؛ (فمؤنة قلع على رب الارض يرجع بها على غاصب) ؛ لأنه تسبب في غرمه ، وكذا اذا زرع الارض المغصوبة ببذر الغير ؛ فليس لرب الارض تملكه ولا قلعه ، بل يبقى لمالكه الى أوان حصاده بأجرة مثل الارض على الغاصب ؛ لعدوانه .

(وان غصب خشباً فرقع به سفينة ؛ قلع) ان كانت في الساحل أو في لجة ولا يخاف عليها من قلعه لكونه في أعلاها ودفع لربه بلا امهال ؛ لوجوبه فوراً ، (ويمهل) لقلع (مع خوف) على سفينة بقلعه ؛ بأن يكون في محل يخاف منه دخول الماء اليها وهي في اللجة (حتى ترسي) لئلا يؤدي قلعه الى افساد ما في السفينة من المال مع إمكان رد الحق الى مستحقه بعد زمن ، خلافاً لأبي الخطاب ؛ لأنه أمكن رد المغصوب من غير اتلاف كما لو كان فيها مال غيره ، (فإن تعذر) الإرساء لبعد البر ؛ (فلمالك) خشب مغصوب (أخذ قيمته) ؛ للتضرر برد عينه اذن ، فإذا أمكن رد الخشب الى ربه استرجعه ،

---

(١) أقول : ذكره الجراعي ، وأقره ، ولم أر من صرح بــه ، ولعله مراد ، فتأمل . انتهى .

ورد القيمة ؛ لزوال الحيلولة ، وعلى الغاصب الاجرة الى حين بذله القيمة فقط ، ولا يملكه ببذلها، بل يملكها وبه ، (وعليه) ـ أي: الغاصب ـ (أجرته) ـ أي: الخشب ـ (الى قلعه) لذهاب منافعه بيده ، (و) عليه أرش (نقصه) إن نقص ؛ لحصوله بتعديه على ملك غيره .

(فرع : من غصب أرضاً فحكمها في جواز دخول غيره اليها) كحكمها (قبل غصب) . فحكم أرض (محوطة كدار وبستان) وحانوت (لا يجوز) دخول غيره اليها ، وأما هو فيمتنع عليه الدخول من باب أولى . وحكم (غيرها) ـ أي: غير المحوطة ـ (كصحراء وخان) ومدرسة وزاوية مغصوبة (يجوز) دخول غير الغاصب اليها ؛ لأنه لا يمنع من الدخول قبل الغصب فبعده كذلك، غير أنه يمتنع عليه الصلاة فيها كما تقدم [1] .

(فصل : وإن غصب ما خاط به جرح) حيوان (محترم) من آدمي أو غيره ، (وخيف بقلعه) ـ أي: الخيط ـ (ضرر آدمي) ؛ لم يقلع ، وعليه قيمته ، (أو) خيف من قلعه (تلف غيره) ـ أي: الآدمي ـ (فـ)على الغاصب (قيمته) ـ أي: الخيط ـ لأنه تعذر رد الحق الى مستحقه ، فوجب رد بدله ـ وهو القيمة ـ ولا يلزمه القلع ؛ لأن الحيوان آكد حرمة من بقية المال ، ولهذا جاز إتلاف غيره ، وهو ما يطعمه الحيوان لأجل تبقيته ، وكذا لو شد بالمغصوب جرحاً يشخب دمه ، أو جبر به نحو ساق مكسور . وغير المحترم كالمرتد والحربي والكلب العقور والخنزير ، فإذا خاط جرح ذلك بالخيط المغصوب ؛ وجب رده ؛ لأنه لا يتضمن تفويت ذي حرمة ، أشبه ما لو خاط به ثوباً .

(وإن حل) حيوان خيط جرحه بمغصوب (لغاصب) كشاته وبقرته

---

(١) أقول : قول شيخنا غير الخ بعد قوله كمدرسة وزاوية يحتاج الى تفصيل يظهر للمتأمل . انتهى .هـ

ونحوها ، وخيف موته بقلعه (أمر) غاصب (بذبحه) ـ أي: الحيوان ـ ولو نقصت قيمته به أكثر من ثمن الخيط ، أو لم يكن معداً للأكل كالخيل ، (ويرده) ـ أي: الخيط لربه ـ لأنه متمكن من رده بذبح الحيوان والانتفاع بلحمه ، ولا أثر لتضرره بذلك ؛ لتعديه؛ كما يرد الخيط (بعد موت) حيوان (غير آدمي) ؛ لأنه لا حرمة له بعد موته ، بخلاف الآدمي المعصوم ؛ لبقاء حرمته ، فتتعين قيمته ، وإن كان الحيوان الذي خيط جرحه محترماً غير مأكول ؛ رد الغاصب قيمة الخيط؛ لأن حرمة الحيوان آكد؛ لما سبق .

(ومن غصب جوهرة) مثلاً ، (فابتلعتها بهيمة) بتفريطه أو لا ؛ (فكذلك) ؛ أي : حكمها حكم الخيط الذي خاط به جرحها على ما سبق تفصيله .

(ولو ابتلعت شاة شخص) مثلاً (جوهرة آخر غير مغصوبة ، ولا تخرج) أي : تعذر اخراج الجوهرة (إلا بذبحها ، وهو)ـ أي: ذبحها ـ (أقل ضرر) من ضرر تركها ؛ (ذبحت ، وعلى رب الجوهرة ما نقص به) ـ أي: بالذبح ـ لأنه لتخليص ماله (إن لم يفرط رب الشاة بكون يده عليها) حين ابتلاعها الجوهرة ، فإن كانت يده عليها ؛ فلا شيء له على رب الجوهرة مما نقصه الذبح؛ لأن التفريط من غيره ، فكان الضرر على المفرط .

(وإن حصل رأسها) ـ أي: الشاة ـ ونحوها (بإناء ولم يخرج) رأسها (إلا بذبحها أو كسره) ـ أي: الإناء ـ (ولم يفرطا) ـ أي: رب الشاة ورب الإناء؛(كسر) الإناء؛ لرد ما حصل فيه بغير عدوان لربه ، (وعلى مالكها) ـ أي: البهيمة ـ (أرشه) لتخليص ماله .

(ويتجه) أنه يجب كسر الإناء وأخذ أرشه (إلا ان وهبها)ـ أي: البهيمة ـ مالكها له ـ أي: لرب الإناء ـ ولا يجب عليه القبول ؛ لما فيه من المنة ،

فإن قبلهـــا جاز ، وصارت هي والإناء ملكاً له ، يتصرف بهما كيف شاء ، وهو متجه [1] .

(ومع تفريطه) - أي : تفريط رب الشاة - بأن أدخل رأسها بيده في نحو القدر ، أو كانت يده عليها حال الدخول؛ (تذبح) البهيمة (بلا ضمان) على رب الإناء ؛ لأن التفريط من جهته ، فهو أولى بالضرر ممن لم يفرط ، (ومع تفريط ربه) - أي: الإناء كما لو أدخله بيده أو ألقى الإناء في الطريق ؛ (يكسر الإناء (بلا أرش) على رب الشاة ونحوها ؛ لأن المفرط أولى بالضرر .

(ويتعين في) بهيمة (غير مأكولة) حصل رأسها بإناء ، ولم يخرج الا بكسره (كسره) - أي: الإناء - ولا تقتل البهيمة بحال ، ولو اتفقا على القتل لم يمكنا منه ؛ لأنه عليه الصلاة والسلام نهى عن ذبح الحيوان لغير مأكلة ، (وعلى ربها أرشه) - أي: الإناء ، إلا أن يكون التفريط من مالكه ، وان قال من وجب عليه الغرم : أنا أتلف مالي ، ولا أغرم شيئاً كان له ذلك . (ويحرم ترك الحال على ما هو عليه) - أي: ترك رأس البهيمة بالإناء [بلا] ذبح ولا كسر؛ لأنه تعذيب حيوان ، فإن لم يفرط رب الإناء ، وامتنع رب غير المأكولة من أرش الكسر ؛ أجبر ، لأنه من ضرورة تخليصها من العذاب ، فلزم ربها كعلفها.

وان غصب إنسان فصيلاً أو مهراً ونحوه ، فأدخله داره ، فكبر وتعذر خروجه بدون نقض الباب ، أو غصب خشبة وأدخلها داره ، ثم بنى الباب ضيقاً بحيث لا تخرج الخشبة الا بنقضه ؛ وجب نقضه ؛ لضرورة وجوب الرد ، ورد الفصيل والخشبة لربها ، ولا شيء على ربها ؛ لأن المتعدي أولى بالضرر.

(ولو حصل مال شخص) من حيوان أو غيره (في داره وتعذر إخراجه) من الدار (بدون نقض) بعضهـا ؛ (وجب نقضه) وأخرج ، (وعلى ربه)

---

(١) أقول : ذكره الجراعي وأقره ، ولم أر من صرح به ، وهو ظـاهر لايأباه كلامهم لما له من النظائر ، فتأمل . انتهى .

ـ أي : المال المخرج ـ (ضمانه) ـ أي : إصلاحه ـ لأنه لتخليص ماله ، ومحل ذلك (إن لم يفرط رب الدار) بأن دخل الحيوان بنفسه ، أو أدخله ربه . وأما الخشبة اذا حصلت في الدار من غير تفريط صاحبها فإن كان كسرها أكثر ضررا من نقض الباب وإعادته ؛ فحكمها كالفصيل ، ينقض الباب ويغرم صاحبها أرش نقضه وإصلاحه ، وإن كان كسرها أقل ضرراً كسرت ، ولا شيء على صاحب الدار ؛ لعدم عدوانه ، وان كان حصول ماذكر في الدار بعدوان من صاحبه ؛ كمن غصب داراً وأدخلها فصيلاً أو خشبة ؛ أو تعدى على إنسان ، فأدخل داره فرساً ونحوها بغير إذنه ؛ كسرت الخشبة ، وذبح الحيوان المأكول ـ ولو زاد ضرره على نقص البناء ـ لأن ربه هو الذي أدخل الضرر على نفسه بعدوانه . وإن كان الحاصل من ذوات التركيب كالتوابيت والأسرة ؛ فكذلك إن فرط مالك الدار نقض الباب من غير أرش وإن فرط مالكه فك التركيب .

(ولو باعها) ـ أي : الدار ـ (وفيها ما يعسر إخراجه كخوابي) غير مدفونة وحزائن غير مسمورة ؛ لما تقدم في البيع أنه يتناول ما كان متصلاً بها ، أو كان فيها حيوان ؛ ينظر . فإن كان ضرر النقض أقل من بقاء ذلك في الدار أو من تفصيله ما يتأتى تفصيله كخزائن ومن ذبح الحيوان المأكول ؛ (نقض باب أقل ضرراً) وكان أرش نقضه وإصلاحه على البائع ؛ لأنه لتخليص ماله ، وكذا لو باع داره ، وله فيها أسرة ، وتعذر الإخراج والتفكيك ، (وإلا) بأن كان نقض الباب أكثر ضرراً من بقاء ذلك في الدار ومن تفصيله وذبح الحيوان ؛ لم ينقض الباب ؛ لعدم فائدته ، (واصطلحا) على ذلك بأن يشتريه مشتري الدار ، أو يهبه له البائع . ذكره الموفق والشارح .

(ومن غصب نحو دينار) كجوهرة أو درهم ، (فحصل في محبرة آخر) أو نحوها من كل إناء ضيق الرأس ، بفعل غاصب أو لا ، (وعسر اخراجه) منها بدون كسرها ، (فإن زاد ضرر الكسر عليه) ـ أي : الدينار ـ بأن كانت قيمتها صحيحة دينارين وقيمتها مكسورة نصف دينار ؛ (فعلى الغاصب بدله)

ـ أي : الدينار ـ يعطيه لربه،ولم تكسر ؛ لأنه إضاعة مال ، وهي منهي عنها ،
(وإلا) يزد ضرر الكسر على الدينار ؛ بأن تساويا، أو كان ضرر الكسر أقل؛
(تعين الكسر) ؛ لرد عين المال المغصوب من غير إضاعة مال ، (وعليه) ـ أي:
الغاصب ـ (ضمانه) ـ أي : الكسر ـ لأنه السبب فيه .

(ويتجه) أنه اذا غصب دينارا وجعله (في محبرة نفسه) ، ولم يخرج بدون
كسرها فإنها (تكسر) المحبرة (مطلقاً) ، سواء زاد ضرر الكسر على الدينار
أو لا ؛ لأن حصوله فيها بتعديه [1] .

(و) يتجه (أن ما بنى عليه فيما مر) من أنه اذا بنى على حجر كان غصبه ؛
فهو في الحكم (كهذا) يجب عليه نقض الحائط ، ورد الحجر الى ربه ؛ لعدوانه
وظلمه . وهو متجه[2] .

(وإن حصل) الدينار أو نحوه في المحبرة أو نحوها (بلا غصب ولا فعل
أحد) ؛ بأن سقط من مكان ، أو ألقته ريح أو طائر أو هر ؛ (كسرت المحبرة)
ونحوها وجوباً ، (وعلى ربه) ـ أي : الدينار ـ (أرشها) ـ أي : أرش نقص
المحبرة بالكسر ـ لأن الكسر لتخليص ماله (إلا أن يمتنع) رب الدينار (منه)

---

(١) أقول : ذكره الجراعي ، وأقره ، وهو ظاهر : لأنه يجب عليه الرد ـ ولو غرم أضعاف قيمته ـ كما لو كان نحو حجر وبنى عليه ، فيلزمه نقض البناء ، ورده ، ولم أر من صرح به ، وهو كالصريح في كلامهم . انتهى .

(٢) أقول : ذكره الجراعي أيضاً ، وأقره ، ولم أر من صرح به ، والمراد منه على ما يظهر أن من غصب نحو حجر كخشب ، فحصل في بناء آخر ، وعسر إخراجه ، فان زاد ضرر الهدم عليه فعلى الغاصب بدله ، وإلا تعين الهدم ، وعليه ضمانه . وإن حصل في بناء نفسه يهدم مطلقاً ، وهو قياس ظاهر لايأباه كلامهم ، بل يؤخذ منه لما له من النظائر ، وليس المراد ما قرره شيخنا كالجراعي من جهة الغاصب فقط ؛ لأنه تقدم التصريح به ، فتأمل . انتهى .

- أي : من كسر المحبرة - مع ضمان أرشه ؛ (لكونها) - أي : المحبرة - (ثمينة) اي : غالية الثمن - فإن امتنع (فلا طالب له) ، ويصطلحان عليه ، (و) إن حصل الدينار ونحوه (بفعل مالكها) - اي : المحبرة - فإنها (تكسر مجاناً) ، ولا ضمان على رب الدينار ؛ لأنه وجب على ربها إعادة الدينار الى مالكه ، ولم يمكن ذلك بدون كسر المحبرة ، فجاز كسرها لذلك ،ولا يضمن نقصها أحد ؛ لأن التفريط من مالكها ، (و) ان حصل فيها (بفعل رب الدينار) فإنــه (يخير بين تركه) في المحبرة (و) بين (كسرها) ، فرط رب المحبرة أو لم يفرط ، (وعليه) - أي : رب الدينار - (قيمتها) كاملة ؛ لتعديه ، (ويلزمه) - أي : رب الدينار - (قبول مثله) - أي : الدينار - (إن بذله ربها) - أي: المحبرة - ولم يجز كسرها ؛ لأنه بذل له مالا يتفاوت به حقه دفعاً للضرر عنه ، فلزمه قبوله ؛ لمـــا فيه من الجمع بين الحقين . ولو بادر رب لدين الى المحبرة ، وكسرها عدواناً؛ لم يلزمه إلا قيمتها وجهاً واحداً . قاله في «الإنصاف».

(فصل: ويلزم) [غاصباً] وغيره اذا كان بيده (رد مغصوب زاد) بيد غاصب أو غيره (بزيادته المتصلة ؛ كقصارة) ثوب (وسمن) حيوان (وتعلم صنعة) آدمي ، (و) بزيادته (المنفصلة ؛ كولد) من بهيمة،وكذا من أمة، إلا أن يكون جاهلًا فهو حر ، ويفديه بقيمته يوم الولادة ، (وككسب) رقيق ؛ لأنه من نماء المغصوب ، وهو لمالكه ، فلزمه رده؛ كالأصل.

(ولو غصب قناً أو شبكة أو شركاً ، فأمسك) القن أو الشبكة أو الشرك صيداً ؛ فلمالكه ، (أو) غصب (جارحاً) أو سهماً ، قال في « المغني»: (أو فرساً) ، قال في « الإقناع » أو قوساً ، (فصاد) الغاصب أو غيره (به) - أي : الجارح - (أو) صاد (عليـــه) - أي : الفرس صيداً ، (أو) غزا على الفرس ، (فغنم) ؛ فالصيد وسهم الفرس من الغنيمة (لمالكه) - أى : الجارح والفرس المغصوب - لأنه حصل بسبب المغصوب ، فكان لمالكه ؛ أشبه ما لو

وهب للرقيق المغصوب شيء ، فإنه يكون لمالكه . قال في «الفروع» : وجزم به غير واحد قياساً على الصحيح على ربح الدراهم ، ويسقط عمل الغاصب على الصحيح من المذهب ، ويلزم غاصباً (أُجرته) ـ أي : المغصوب ـ (زمن ذلك) ـ أي : اصطياده ونحوه ـ لأن منافع المغصوب في هذه المدة عادت الى المالك ، فلم يستحق عوضهـــا على غيره ، كما لو زرع الغاصب الارض المغصوبة ، فأخذ المالك الزرع بنفقته .

(ويتجـه هذا) ـ أي : ما ذكر من أن الصيد يكون لمالك المغصوب ـ (إن كان ما خصه) ـ أي : ما حصله من صيد أو غنيمة ـ (قدر أجرته) ـ أي: اجرة المغصوب ـ (فأكثر) من أجرته ، وأما اذا نقص الحاصل عن قدر أجرته ؛ فلرب المغصوب أجرة مثله تؤخذ من الغاصب ؛ لعدوانه ، وهو متجه [1].

(وإن غصب منجلاً ، فقطع) الغاصب أو غيره (به خشباً أو حشيشاً) ؛ فالخشب أو الحشيش (لغاصب) ؛ لحصول الفعل منه كالحبل المغصوب يربط فيه الغاصب ما يجمعه من حطب ونحوه .

(ويتجـه مثله) ـ أي : مثل المنجل في الحكم ـ (لو غصب سلاحاً) كسيف أو رمح ونحوه (فصاد به) ـ أي : بالسلاح المغصوب ـ فهو لغاصبه ؛ لحصول ذلك بفعله ؛ كما لو غصب سيفاً ، فقاتل به ، وغنم ، وهو متجه [2].

(وإن أزال) غاصب أو غيره (اسمه) ـ أي : المغصوب ـ بعمله فيه (كنسج غزل) فصار يسمى ثوباً ، (وطحن حب) غصبه فصار يسمى دقيقاً ، (أو طبخه) ـ أي : الحب ـ فصار يسمى طبيخاً ، (ونجر خشب) باباً أو رفوفاً ونحوها ، (وضرب نحو حديد) مسامير أو سيفاً ونحوه ، (و) ضرب

---

(١) أقول : ذكره الجراعي ، وصرح به الشيخ عثمان . انتهى .

(٢) أقول : ذكره الجراعي ، وأقره ، وهو كالصريح في كلامهم لموافقته لتعليلهم ، فتأمله . انتهى .

(فضة) دراهم أو حلياً ، (وجعل طين) غصبه (لبناً) أو آجراً ، (أو فخاراً) كجرار ونحوها ؛ (رده) الغاصب وجوباً معمولاً ؛ لقيام عين المغصوب فيه ، (و) رد (أرشه إن نقصه) ؛ لحصول نقصه بفعله ، وسواء نقصت عينه أو قيمته أو هما ، (ولا شيء له) — أي : الغاصب — (لعمله فيـــه) ، ولو زاد به ؛ لتبرعه به ؛ كما لو غلى زيتاً ، فزادت قيمته ، بخلاف ما لو غصب ثوباً فصبغه فإنه يصير شريكاً في زيادة الثوب ، والفرق بينهما أن الصبغ عين مال لا يزول ملك مالكه عنه بجعله مع ملك غيره، وإن غصب ثوباً فقصره الغاصب بنفسه أو بأجرة ، أو شاة فذبحهـا وشواها ؛ لزمه رد ذلك وأرش نقصه إن نقص ، ولا شيء له في نظير عمله ؛ لتعديه ، وذبح الغاصب الشاة لا يحرم أكلها ؛ لأنهـــا مزكاة ممن فيه أهلية الزكاة ، لكن لا يجوز للغاصب ولا غيره أكلها ولا التصرف فيها إلا بإذن مالكها كسائر الأموال .

(وللمالك إجباره) — اي : الغاصب — (على رد ما أمكن رده) من مغصوب (الى حالته) التي غصبها عليها ، كمسامير ضربهـا نعالاً ؛ فله إجباره على ردها مسامير كما كانت ؛ لأن عمل الغاصب في المغصوبة محرم فملك المالك إزالته مع الإمكان ، وما لا يمكن رده الى حالته الاولى كالأبواب والفخار والآجر والشاة اذا ذبحها وشواها ، والحب طحنه ؛ فليس للغاصب إفساده ، ولا للمالك إجباره عليه ؛ لأنه اضاعة مال بغير منفعه .

(وان استأجر الغاصب) انسانا (على عمل شيء منه) — أي : مما تقدم — (فالأجر عليه) ، والحكم في زيادته ونقصه كما لو فعـل ذلك بنفسه ، وللمالك تضمين النقص من شاء منهما ، فإن جهل الأجير الحال ، وضمن الغاصب ؛ لم يرجع على أحد ، وإن ضمن الأجير رجع على الغاصب ؛ لأنه غره ، وإن علـم الأجير الحال ، وضمن لم يرجع على أحد ؛ لأنه أتلف مال غيره بدون إذنه ، وإن ضمن

الغاصب؛ رجع على الأجير؛ لأن النقص حصل بفعله، فاستقر الضمان عليه، وإن استعان الغاصب بمن فعل ذلك فهو كالأجير.

(ومن حفر في) أرض (مغصوبة بئراً أو شق) فيها (نهراً ، ووضع التراب) الخارج من البئر أو النهر (بها) — أي: الأرض المغصوبة — (فله طمها) إن كان الطم (لغرض صحيح؛ كإسقاط ضمان تالف بها) — أي: البئر — أو كون الغاصب قد نقل ترابها إلى ملكه أو إلى ملك (تالف بها) — أي: البئر — أو لكون الغاصب قد نقل ترابها إلى ملكه أو ملك غيره، أو إلى طريق يحتاج إلى تفريغه، (و) للغاصب حينئذ (رد ترابها من نحو ملكه أو طريق) نقلها إليه حيث بقي، فلو كان بسيل أو ديح ونحوه؛ فله الطم بغيره من جنسه من غير إذن ربها على الصحيح من المذهب، وليس له طمها برمل وكناسة ونحوها، ذكره الحارثي.

(ولو أنه أبريء) ؛ أي: أبرأه المالك (مما يتلف بها) — أي: بالبئر ونحوها — لأن الغرض قد يكون غير خشية ضمان ما يتلف بها، (وتصح البراءة منه). قال في « المغني » و « الشرح » : لأن الضمان إنما يلزمه ؛ لوجود التعدي ، فإذا رضي رب الأرض زال التعدي، فيزول الضمان ، (وإنما صحت البراءة) مما يتلف بالبئر مع أنها متضمنة لما لم يجب بعد ؛ (لوجود أحد السببين) من حافر البئر ، وكل منهما موجب للضمان، فالسبب الأول (هو التعدي) منه بحفره في أرض غيره عدواناً . (و) السبب (الثاني) هو (الإتلاف ، وليست هذه) البراءة (براءة مما سيجب) ، وإنما هي إسقاط المالك عن الغاصب التعدي برضاه ، ولو منعه المالك من الطم ؛ لم يملك الغاصب طمها في هذه الصور ؛ لأنه تصرف في ملك الغير بغير إذنه لغير غرض صحيح ، ومنعه من الطم رضى بالحفر ، فيكون بمنزلة إبرائه من ضمان ما يتلف بها .

(و) إن كان الطم (لغير غرض) صحيح مثل أن يكون قد وضع التراب في أرض مالكها أو في موات ، وأبرأه من ضمان ما يتلف بها ؛ (فلا

يطمها) الغاصب على الصحيح من المذهب ؛ لأنه إتلاف لا نفع فيه، فلم يكن له فعله ؛ كما لو غصب نقرة ، فطبعها دراهم ، ثم أراد ردها نقرة بدون إذن مالكها . قاله في « الشرح » .

(وإن أراده) - أي : الطم - لغرض صحيح (مالك ؛ ألزم) غاصب (به) - أي : الطم - لعدوانه بالحفر ، ولأنه يضر بالأرض .

(وإن غصب حبا فزرعه ، أو) غصب (بيضا فصار) البيض (فراخاً ، أو) غصب (نوى) فصار غرسا ، (أو) غصب (أغصانا) فغرسها (فصارت شجراً ؛ رده) ؛ أي : رد الغاصب الزرع والفراخ والشجر لمالكها ؛ لأنه عين ماله المغصوب منه ، (ولا شيء له) - أي : للغاصب في عمله - لأنه تبرع به .

(ويتجه إبقاء الزرع) في أرض الغاصب للغاصب (قهراً لـ) أوان (حصاده بلا أجرة) معاقبة ، (لا)إبقاء (الشجر) ؛ لأن مدته تطول،فيكثر الضرر ، وهو متجه [1] .

(وإن غصب شاة) أو بقرة أو بدنة ونحوها، (وأنزى عليها فحله ؛ فالولد لمالك الأم)؛ كولد الأمة ، ولا أجرة للفحل ؛ لعدم إذن ربها، ولأنه لا تصح إجارته لذلك . قال في شرح « الإقناع » قلت : وكذا لو غصب نخلة ، وحصل منها ودي فإنه لمالكها ؛ لأنه من نمائها ؛ ككسب العبد وولد الأمة ، وإن غصب فحل غيره على شاته ؛ فالولد له تبعا للأم ، ولا يلزمه أجرة الفحل؛ لأنه لا يصح إجارته لذلك ، لكن إن نقص الفحل بالإنزاء وغيره ؛ لزم الغاصب أرش نقصه ؛ لتعديه .

---

(١) أقول : ذكره الجراعي ، وأقره ، ولم أر من صرح به ، ووجه إبقاء الزرع قهراً إلى أوان حصاده إذ في قلعه قبل أوانه إتلافاً له على مالكه ، ولا يدوم ضرره، بخلاف الشجر . ووجه عدم استحقاق الأجرة ؛ لتعديه بذلك ، والاتجاه يؤخذ من كلامهم لمن تأمل . انتهى .

تتمة : وإن غصب دجاجة ، فباضت عنـده ، ثم حضنت بيضها ، فصار فراخاً ؛ فهما لمالكها ، ولا شيء للغاصب في علفها . قال أحمد في طيرة جاءت إلى دار قوم ، فازدوجت عندهم وفرخت: يردونها وفراخها إلى أصحاب الطيرة . قال في « المبدع » : ويرجع الى ربها بما أنفقه إن نوى الرجوع ، وإلا فلا . انتهى . وهذا واضح إن تعذر عليه استئذانه .

(فصل : ويضمن) غاصب (نقص مغصوب) بعـــد غصبه وقبل رده -(ولو) كان النقص (رائحة مسك أو نحوه) كعنبر ـ لأن قيمته تختلف بالنظر إلى قوة رائحته وضعفها ، (أو) كان النقص (بنبات لحية قن) ؛ لأنه نقص في القيمة بتغير صفة ، أشبه النقص بتغير باقي الصفات ،وكذا قطع ذنب حمار أو بغل أو فرس إذ القصد بالضمان جبر حق المالك بإيجاب قدر ما فوت عليه ، ولأنه لو فات الجميع لوجبت قيمته ، فإذا فات منه شيء وجب قدره من القيمة ؛ كغير الحيوان ، وإن غصب قنا فعمي عنده ؛ قوم صحيحاً ثم أعمى ، وأخذ من غاصب ما بين القيمتين ، وكذا لو نقص لكبر أو مرض أو شجة .

(وإن) غصب عبداً و(خصاه) هو أو غيره (ولو زادت قيمته بخصاه له ، أو أزال) منه (ما تجب فيه دية) كاملة (من حر) كأنفه أو لسانه أو يديه أو رجليه ؛ (رده) على مالكه ،(و) رد (قيمته) كلها نصا ، ولا يملكه الجاني ؛ لأن المتلف البعض ، فلا يتوقف ضمانه على زوال الملك ؛ كقطع خصيتي ذكر مدبر ، ولأن المضمون هو المفوت ، فلا يزول الملك عن غيره بضمانه ؛ كما لو قطع تسع أصابع .

(وإن قطع) غاصب من رقيق مغصوب (ما فيه مقدر) من حر (دون الدية) الكاملة ؛ كقطـــع يد أو جفن أو هدب ونحوه ؛ فعلى غاصب (أكثر الأمرين) من دية المقطوع أو نقص قيمتـه ؛ لوجود سبب كل منهما ، فوجب أكثرهما ، ودخل فيه الآخر ؛ لأن الجناية واليد وجدا فيه جميعاً . فلو غصب

عبدا قيمته ألف ، فزادت قيمته عنده إلى ألفين ، ثم قطع يده ، فصار يساوي ألفين وخمسمائة ؛ كان عليه مع رده ألف ، وإن كان القاطع ليده غير الغاصب ، وقد نقصت قيمته مائتين قبل ، وصار بعد القطع يساوي أربعمائة ؛ كان على الجاني أربعمائة ؛ لأن جنايته مضمونة بنصف القيمة ، وهي حين القطع ثمانمائة ، وعلى الغاصب مائتان ؛ لأنها نقصت من قيمة العبد في يده ، وللمالك تضمين الغاصب ما عليه ، وعلى الجاني ، لأن ما وجده في يده في حكم الموجود منه ، (ويرجع غاصب غرم) الجميع (من جان بأرش جناية) ؛ لحصول التلف بفعله ، فيستقر ضمانه على الغاصب (فقط) - أي: دون ما زاد عن أرش الجناية - فيستقر على الغاصب ؛ لأن الجاني لا يلزمه أكثر من أرش الجناية ، وللمالك تضمين الجاني أرش الجناية ، ولا يرجع به على أحد ؛ لأنه لم يضمنه أكثر مما وجب عليه ، ويضمن الغاصب ما بقي من النقص ، ولا يرجع به على أحد .

(ولا يرد مالك) تعيب ماله عند غاصب ، واسترده وأرش عيبه (أرش معيب أخذه) من غاصب (بزواله) - أي : العيب - (عنده) - أي: المالك - كما لو غصب عبداً ، فمرض عنده ، فرده وأرش نقصه بالمرض ، ثم برىء عند مالك بحيث لم يضربه نقص ؛ فلا يرد أرشه ؛ لأنه عوض ما حصل بيد الغاصب من النقص بتعديه ، واستقر ضمانه برد المغصوب ناقصاً ، فإن أخذه مالكه دون أرشه ، فزال عيبه قبل أخذ أرشه ؛ لم يسقط ضمانه ، بخلاف ما لو برىء في يد غاصب ، فيرد مالكه أرشه إن كان أخذه .

(ولا يضمن) غاصب رد مغصوبا بحاله (نقص سعر) ؛ كثوب غصبه وهو يساوي مائة ، ولم يرده حتى نقص سعره ، فصار يساوي ثمانين مثلا ؛ فلا يلزمه برده شيء ، لأنه رد العين بحالها لم تنقص عينا ولا صفة ، بخلاف السمن والصفة ، ولا حق للمالك في القيمة مع بقاء العين ، وإنما حقه فيها وهي باقية كما كانت ؛ (كهزال زاد به) سعر المغصوب ، أو لم يزد به ولم ينقص ؛ كعبد مفرط

في السمن قيمته يوم غصب ثمانون ، فهزل عند غاصبه ، فصار يساوي مائة ،أو بقيت قيمته بحالها ، فلا يرد معه الغاصب شيئاً ؛ لعدم نقصه .

(ويضمن) غاصب (زيادة مغصوب) بأن سمن أو تعلم صنعة (عنده)، ثم هزل أو نسي الصنعة ؛ فعليه رده وما نقص بعد الزيادة ، سواء طالبه المالك برده زائدا أولا ، لأنها زيادة في نفس المغصوب ، فضمنها الغاصب كما لو طالبه بردها ولم يفعله ، ولانها زادت على ملك مالكها فضمنهـا الغاصب كالموجودة حال الغصب ، بخلاف زيادة السعر ، فإنهـا لو كانت موجودة حين الغصب لم يضمنها ؛ والصناعه إن لم تكن من عين المغصوب فهي صفة فيه وتابعة له .

و (لا) يضمن غاصب (مرضا) طرأ على مغصوب بيده و (برىء منه في يده) - أي:الغاصب -لزوال الموجب للضمان في يده ،وكذا لو حملت فنقصت، ثم وضعت في يد غاصب ، فزال نقصها ، لم يضمن شيئاً .

(ولا) يضمن غاصب شيئاً (إن) زاد مغصوب ، فزادت قيمته ، ثم زالت الزيادة ، ثم (عادت كسمن زال ثم عاد) ؛ لان ما ذهب من الزيادة عاد مثله من جنسه وهو بيده ؛ أشبه ما لو مرض فنقصت قيمته ، ثم برىء فعادت القيمة ، وكذا لو نسي صنعة ثم تعلمها أو بدلها ، فعادت قيمته كما لو كانت .

(ولا) يضمن غاصب سوى الرد (إن نقص) المغصوب في يده،(فزاد مثله من جنسه)- أي : مثل النقص من جنسه - كما لو غصب عبدانساجا يساوي مائه ، فنسي الصنعة عنده، فصار يساوي ثمانين ، ثم تعلم الصنعة التي نسيها، فعاد إلى مائة ؛ فإنه لا ضمان عليه في نقصه حتى (ولو) كان ما تعلمه (صنعة بدل صنعة) نسيها ، كما لو تعلم الخياطة بدل النساجة التي نسيهـا ، فعادت قيمته إلى مائة ؛ لأن الصنائع كلها جنس من أجناس الزيادة في الرقيق ؛ أشبه مالو نقصت قيمته بهزاله ثم عادت بسمنه ،ومثله لو كان المنسي علماً ،فتعلم علماً آخر . قاله الحارثي.

(ويتجه) أنه لا فرق بين كون الصنعة التي تعلمها (مساوية) للصنعة التي

نسيها ، (أو أعلى) منها في الشرف ، أما لو كانت أحسن صنعة أو مساوية لها في الشرف ، لكنها دونها في الربح ؛ فعليه أرش النقص . وهو متجه [1] .

وإن كانت الزيادة الحاصلة من غير جنس الزيادة الذاهبة ، مثل أن غصب عبداً قيمته مائة فتعلم صنعة ، فصار يساوي مائتين ؛ لم يسقط ضمانها ؛ لأنه لم يعدما ذهب ، بخلاف الأولى ، وإن كان المغصوب دابة ونقصت بجناية أو غيرها ؛ ضمن الغاصب ما نقص من قيمتها ، ولو كان النقص بتلف إحدى عينيها فيغرم أرش نقصها فقط ؛ لأنه الذي فوته على المالك .

(وإن نقص) المغصوب قبل رده (نقصا غير مستقر) ؛ بأن يكون سارياً غير واقف ؛ (كحنطة ابتلت وعفنت) ــ بكسر الفاء ــ وطلبها مالكها قبل بلوغها إلى حالة يعلم فيها قدر أرش نقصها ؛ (خير) مالكها (بين) أخذ (مثلها) من مال غاصب (أو تركها) بيد غاصب (حتى يستقر فسادها ، ويأخذها) مالكها (و) يأخذ (أرش نقصها) ؛ لانه لا يجب المثل ابتداء ؛ لوجود عين ماله ؛ ولا أرش العيب ؛ لأنه لا يمكن معرفته ولا ضبطه إذن ، وحيث كان كذلك صارت الخيره الى المالك ؛ لأنه اذا رضي بالتأخير سقط حقه من التعجيل ، فيأخذ العين عند استقرار فسادها ؛ لأنها ملكه ، ويأخذ من الغاصب أرش نقصها ؛ لأنه حصل تحت يده العادية ؛ أشبه تلف جزء من المغصوب .

(وعلى غاصب جناية) قن (مغصوب) ؛ لأن جنايته نقص فيه ؛ لتعلقها برقبته ، فكان مضمونا على الغاصب ؛ كسائر نقصه ، وسواء في ذلك ما يوجب القصاص أو المال ، (و) عليه (اتلافه) ــ أي : بدل ما يتلفه ــ (ولو) كانت الجناية (على ربه) ــ أي : مالكه ــ (أو) كان الإتلاف (لماله) ــ أي : مال مالكه ــ

---

(١) أقول : ذكره الجراعي ، وأقره ، ولم أر من صرح به ، وهو مفهوم كلامهم ، والمراد إذا كانت الصنعة التي تعلمها مساوية للأولى أو أعلى لا إن كانت دونها ، فيضمن ، ثم رأيته في عبارة « زاد المستقنع » وشرحه . انتهى .

(بالأقل من أرش) جنايته (أو قيمته) - أي : العبد - لأن جنايته على سيده من جملة جناياته ، فكانت مضمونة على الغاصب؛ كالجناية على الأجنبي ،وكذا حكم ما أتلفه القن المغصوب من مال أجنبي أو سيده لما سبق ، ولا يسقط ذلك برد الغاصب له ؛ لان السبب وجد في يده .فلو بيع في الجناية بعد الرد؛ رجع به على الغاصب بالقدر المأخوذ منه ؛ لاستقراره عليه ، وإن قتل المغصوب سيده أو غيره أو قنا ، فقتل به ؛ ضمنه الغاصب بأقل الامرين ؛ لتلفه بيده ، فإن عفي عنه على مال تعلق برقبته ، وضمنه الغاصب بأقل الأمرين كما يفديه سيده ، وإن قطع يدا مثلًا ، فقطعت يده قصاصا؛ فعلى غاصب نقصه ؛ كما لو سقطت بلاجناية، وإن عفى على مال فكما تقدم .

(وهي) - أي : جناية مغصوب - (على غاصب هدر) ؛ لانها لوكانت على غيره كانت مضمونة عليه ، ولا يجب له على نفسه شيء فسقط ، (وكذا) جناية المغصوب (على ماله) - أي : الغاصب - هدر لما تقدم الا إن كانت الجناية (في قود) ؛ فلا تهدر ؛ لأنها حق تعلق بنفسه لا يمكن تضمينه لغيره، فاستوفي منه ، ولو قتل عبد مغصوب عبداً للغاصب وغيره سواء كان المقتول لسيده أو غيره ، فإنه (يقتل) قصاصا إن كان قتله له عمدا ، ولسيد المقتول (إن طلب) القود قتله به ؛ لان النفس بالنفس، (ويرجع) السيد (عليه) - أي : على الغاصب - (بقيمته) ؛ لتلفه في يده أشبه ما لو مات بيده .

(وزوائد مغصوب) كولد حيوان وثمر شجر (إذا تلفت ، أونقصت) في يد الغاصب ، (أو جنت) على المالك أو غيره (كهو) - أي : كالمغصوب بالاصالة - سواء تلفت منفردة أو مع أصلها ؛ لانها ملك لمالك الاصل ، وقد حصلت في يد الغاصب بغير اختيار المالك بسبب اثبات يده المعتدية على الاصل، فتبعته في الحكم ، فإذ غصب حاملا أو حائلًا، فحملت عنده ، وولدت ؛فالولد مضمون عليه إن ولدته حياً . وان ولدته ميتاً وقدغصبها حاملًا ؛ فلاشيء عليه؛

لانه لم تعلم حياته . وإن كانت قد حملت به عنده ، وولدته ميتاً ؛ فلا شيء عليه أيضاً . جزم به القاضي وابن عقيل وصاحب التلخيص (وقال في «المستوعب»: من استعان بعبد غيره بلا اذن سيده فحكمه) ـ أي : المستعين ـ كحكم (غاصب حال استخدامه) ، فيضمن جنايته ونقصه . جزم به في « المبدع » و كذا في « المنتهى » في الديات .

تتمة : لو كان العبد وديعة ، فجنى جناية استغرقت قيمته ، ثم إن المودع قتله بعدها ؛ فعليه قيمته ، وتعلق بها أرش الجناية ، فإذا أخذها ولي الجناية؛لم يرجع على المودع ؛ لانه جنى وهو غير مضمون عليه ، ولو جنى العبد في يد سيده جنـــاية تستغرق قيمته ، ثم غصب ، فجنى في يد الغـــاصب جناية تستغرق قيمته ؛ بيع في الجنايتين ، وقسم ثمنه بينهما ، ورجع صاحب العبد على الغاصب بما أخذه الثاني منهما ؛ لان الجناية كانت في يده، وكان للمجني عليه أولا أن يأخذه دون الثاني ؛ لان الذي يأخذه المالك من الغاصب هو عوض ماأخذ المجني عليه ثانياً ، فلا يتعلق به حقه ، ويتعلق به حق الاول ؛ لانه بدل عن قيمة الجاني لا يزاحم فيه ، وإن مات هذا العبد في يد الغاصب ؛ فعليه قيمته تقسم بينهما ، ويرجع المالك على الغاصب بنصف القيمة ؛ لانه ضامن للجناية الثانية ، ويكون للمجني عليه أولا أن يأخذه ؛ لما ذكرنا .

(فصل : إن خلط) غاصب أو غيره (ما) ـ أي : مغصوباً ـ (لا يتميز كزيت ونقد بمثلها؛ لزمه مثله) ـ أي : المغصوب ـ كيلًا أو وزناً (منه) ـ أي : المختلط من المغصوب وغيره ـ لانه قدر على رد بعض ماله إليه مع رد المثل في الباقي ، فلم ينقل إليه بدله في الجميع ؛ كما لو غصب صاعاً فتلف بعضه .

(و)إن خلط مغصوباً (بدونه ، أو) خلطه (بخير منه) من جنسه ، (أو) خلطه (بغير جنسه) مما له قيمة ـ ولو بمغصوب مثله لآخر ـ وكان الخلط (على وجه لا يتميز كزيت بشيرج) ، ودقيق حنطة بدقيق شعير ونحوه ؛

(فما)لما كان (شريكان) في المختلط (بقدر قيمتها ، فيباع الكل ويدفع لكل واحد قدر حقه ؛ كاختلاطهما من غير غصب) ؛ لأنه إذا فعل ذلك وصل كل منهما إلى حقه ، فإن نقص المغصوب عن قيمته منفرداً ؛ فعلى الغاصب ضمان النقص ؛ لأنه حصل بفعله ، وإن خلطه بما لا قيمة له كزيت بماء ، فإن أمكنه تحصيله خلصه ، ورده ونقصه ، وإلا بأن كان يفسده فعليه مثله .

(وحرم تصرف غاصب) في قدر ماله من المختلط . (ويتجه و) مثله (مغصوب منه) مال ، وخلط بغير متميز ، وهو متجه [1]. (في قدر ماله فيه) — أي : المختلط — بدون إذن المغصوب منه . لاستحالة انفراد أحدهما عن الآخر ، فإن أذنه مالك المغصوب جاز ؛ لأن الحق لا يعدوهما ، ولأنها قسمة ، فلا تجوز بغير رضى الشريكين ، ولا يجوز أيضاً للغاصب إخراج قدر الحرام من المختلط بدون إذن المغصوب منه ؛ لأنه اشتراك ، لا استهلاك ؛ فلا يقاسم نفسه . قال الإمام احمد في رواية أبي طالب ؛ هذا قد اختلط أوله وآخره أعجب اليّ أن يتنزه عنه كله ، ويتصدق ، وأنكر قول من قال : يخرج منه قدر ما خالطه . هذا إن عرف ربه ، والا تصدق به ، ولا يؤكل عنده شيء . وإن شك في قدر الحرام تصدق بما يعلم أنه أكثر منه . نص عليه . (ولو اختلط درهم) لإنسان (بدرهمين) لآخر (ولا غصب) من أحدهما (لآخر ولا تميز) لأحد المالين عن الآخر ، (فتلف) درهمان (اثنان) من الثلاثة ؛ (فما بقي) — وهو درهم — (فهو بينهما) — أي : بين الدرهمين والدرهم — (نصفين) ؛ لانه يحتمل أن يكون التالف الدرهمين فيختص صاحب الدرهم به ، ويحتمل أن يكون التالف درهماً لهذا ودرهماً لهذا ، فيختص صاحب الدرهمين بالباقي ، فتساويا ، ولا يحتمل غير ذلك ، ومال كل واحد منهما متميز قطعاً ، بخلاف

---

(١) أقول : ذكره الجراعي ، وصرح به الشيخ عثمان وغيره . انتهى .

المسائل المتقدمة . غايته أنه أبهم علينا . ذكره في «الإنصاف» . وإن خلط المغصوب بغير جنسه ، فتراضيا على أن يأخذ المغصوب منه أكثر من حقه أو أقل منه ؛ جاز ؛ لأن بدله من غير جنسه ، فلا تحرم الزيادة بينهما ، بخلاف ما لو خلطه بجيد أو رديء ، واتفقا على أن يأخذ أكثر من حقه من الرديء أو دون حقه من الجيد ؛ لم يجز ؛ لأنه ربا . وإن كان بالعكس ، فرضي بدون أخذ حقه من الرديء ، أو يسمح الغاصب بدفع أكثر من حقه من الجيد ؛ لأنه لا مقابل للزيادة .

(وإن غصب ثوباً ، فصبغه) الغاصب (بصبغه ، أو) غصب (سويقاً فلته) الغاصب (بزيته فنقصت قيمتها) - أي : قيمة الثوب والصبغ أو قيمة الزيت والسويق او نقصت قيمة أحدهما - (ضمن) الغاصب (النقص) ؛ لأنه حصل بتعديه،فضمنه كما لو أتلف بعضه ، وإن كان النقص بسبب تغيرالأسعار ؛ لم يضمنه ، (وإن لم تنقص) قيمتها ، (ولم تزد ، أو زادت قيمتها) معاً ؛فرب الثوب والصبغ أو السويق والزيت (شريكان) في الثوب وصبغه أو السويق [وزيته (بقدر ماليهما) ؛ لاجتماع ملكيهما ، وهو يقتضي الاشتراك ، فيباع ذلك، ويوزع] الثمن على قدر القيمتين ، وكذا لو غصب زيتاً ،فجعله صابوناً .

(وإن زادت قيمة أحدهما كغلو قيمة صبغ فقط) دون الثوب ؛ كأن كانت قيمة الثوب عشرة وبقيت كذلك ، وقيمة الصبغ خمسة فصار مصبوغاً يساوي عشرين بسبب غلو الصبغ (أو) غلو (ثوب فقط) دون الصبغ ؛ فالزيادة (لصاحبه) - أي : الذي غلا سعره من الثوب أو الصبغ - يختص بها؛ لأن الزيادة تبع للأصل ، وإن زاد أحدهما أربعة والآخر واحداً ؛ فهي بينهما كذلك . وإن حصلت الزيادة بالعمل؛ فهي بينهما ؛ لأن ما عمله الغاصب في العين المغصوبة لمالكها حيث كان أثراً ، وزيادة مال الغاصب له ، وليس للغاصب منع رب الثوب من بيعه ، فإن باعه ، فصبغه له بحاله ، (فإن طلب أحدهما) - أي :

مالك الثوب أو مالك الصبغ - (قلع الصبغ) من الثوب ؛ (لم يجب) ؛ - أي : لم تلزم إجابته ؛ لأن فيه إتلافاً لملك الآخر حتى . (ولو ضمن) طالب القلع (النقص) لهلاك الصبغ بالقلع ، فتضيع ماليته ، وهو سفه . وإن بذل أحدهما للآخر قيمة ماله ؛ لم يجبر على قبولها ؛ لأنها معاوضة .

(ولمالك ثوب بيعه) ؛ لأنه ملكه ، وهو عين ، وصبغه باق للغاصب.

(ولو أبى غاصب) بيع الثوب المصبوغ ؛ فلا يمنع منه مالكه ؛ لأنه لا حجر عليه في ملكه ، (لا عكسه) ؛ أي : لو أراد الغاصب بيع الثوب المصبوغ ، وأبى المالك ؛ لم يجبر ؛ لحديث: « إنما البيع عن تراض » . وإن بذل الغاصب لرب الثوب قيمته ليملكه ، أو بذل رب الثوب قيمة الصبغ للغاصب ليملكه ؛ لم يجبر الآخر ؛ لأنها معاوضة لا تجوز إلا بتراضيهما .

(ويتجه وغاصب ورق و كتب فيه) - أي : في الورق - شيئاً (مباحاً) من فقه وحديث ونحوه ؛ حكمه (كصبغ) على ما تقدم تفصيله ، وإن كتب فيما غصبه من الورق شيئاً (حراماً) كشعبذة وسحر وزندقة ونحوها ؛ فهو (كتلف) - أي : كتلفه بفعله - يضمنه بقيمته ، وهو متجه [1].

(ويلزم المالك قبول صبغ) للغاصب صبغ به الثوب المغصوب ، (و) يلزمه قبول (تزويق دار) مغصوب ونحوه ؛ كما لو غصب غزلاً فنسجه ، أو ثوباً فقصره ، أو حديداً فضربه سيوفاً ، أو إبراً ، أو شاة ذبحها وشواها ، وزادت القيمة بذلك العمل ، (وهب له) ؛ لأنه من صفات العين ؛ فهو كزيادة الصفة فيه ، ولا يرد عليه قوله في الفصل قبله : وللمالك اجبار غاصب على رد ما

---

(١) أقول : ذكره الجراعي ، وأقره ، ولم أر من صرح به ، وهو ظاهر . ففي الاباحة يجري فيه تفصيل الصبغ على ما فصل فيه في موضعه . وفي مسألة الحرام كونه كتلف؛ لأنه يحرم الانتفاع بها ، ويؤمر باتلافها ، فهو كما لو تلف حسا ، ولعله مراد، فتأمله. انتهى.

أمكن رده الى حالته ؛ فانه محمول هناك [على ما اذا لم يحصل بذلك العمل زيادة، وهنا على حصولها ؛ فلا معارضة] .

و (لا) يلزم المالك ـ اذا غصب منه خشباً وجعله باباً، ثم وهبه المسامير ـ قبول هبة (مسامير للغاصب سمر بها) الخشب (المغصوب) ؛ لأنها أعيان متميزة أشبهت الغراس ؛ فلا يجبر على قبولها كغيرها من الأعيان ؛ للمنة .

(وإن غصب صبغاً ، فصبغ) الغاصب (به ثوبه ، أو) غصب (زيتاً فلت به) الغاصب (سويقه) ؛ فرب الصبغ أو الزيت والغاصب (شريكان) في الثوب المصبوغ أو السويق الملتوت (بقدر حقيهما) في ذلك ، فيباعان ، ويوزع الثمن على قدر الحقين ؛ لأن بذلك يصل كل منهما لحقه (ويضمن) الغاصب (النقص) إن وجد ؛ لحصوله بفعله ، ولا شيء له إن زاد المغصوب في نظير عمله ؛ لتبرعه به

(وان غصب ثوباً وصبغاً) من واحد (فصبغه به ؛ رده) ـ أي : الثوب ـ مصبوغاً ؛ لأنه عين ملك المغصوب منه ، (ورد أرش نقصه) ان نقص ؛ لتعديه به ، (ولا شيء له) ـ أي : الغاصب ـ (ان زاد) بعمله فيه ؛ لأنه متبرع به ، وإن كان الصبغ لواحد والثوب لواحد ؛ فهما شريكان بقدر ملكيهما . وان زادت قيمتها ؛ فلهما . وإن زادت قيمة أحدهما ؛ فلربه . وإن نقصت قيمة أحدهما ؛ غرمه الغاصب . وإن نقص السعر لنقص سعر الثياب أو الصبغ أو لنقص سعرهما ؛ لم يضمنه الغاصب ، ونقص كل واحد منهما من صاحبه . وإن أراد أحدهما قلع الصبغ ؛ لم يجبر الآخر ، وكذا لو غصب سويقاً من واحد وزيتاً من آخر ولته ، أو نشا وعسلاً من اثنين وعقده حلوى .

(وكذا إنقاء دنس ثوب بصابون) من الغاصب إن أورث نقصاً في الثوب ضمنه الغاصب ؛ لحصوله بفعله ، وإن زاد الثوب بالإنقاء؛ فالزيادة للمالك ، ولا شيء للغاصب في عمله ؛ لتبرعه به .

(ولو غصبه) - أي: الثوب - (نجساً ، ويتجـــه باحتمال) قوي - (ولو) كان المغصوب (نحو إناء) كأمتعة من فرش وبسط وغيرهـا وهو متجه[1] . (حرم تطهيره) - أي : المغصوب من الثوب ونحوه - (بلا اذن) صريحمن ربه؛ كسائر التصرفات، وليس للمالك تكليف الغاصب بتطهيره ؛ لأن نجاسته لم تحصل بيده ، (وكذا لو تنجس)الثوب ونحوه (عنده) - أي : الغاصب ؛ لم يجز له تطهيره بغير إذن ربه ؛ لما سبق - (لكن يلزم) الغاصب - أي : المالك إلزامه - (بتطهيره) ؛ لأنه تنجس تحت يده العادية ، ولو رد الثوب نجساً فعليه مؤنة تطهيره ؛ لأنه كالنقص الحاصل في يده .

(فصل : ويجب بوطء غاصب) أمة مغصوبة (عالم تحريمه) - أي :تحريم الوطء - (حد) - أي : حد الزنا - لأنها ليست زوجة له ولا ملك يمين ، ولا شبهة تدرأ الحد ، وكذا الأمة يلزمها الحد إن طاوعت على الزنا ، وكانت مكلفة غير جاهلة بالتحريم .

(و) يجب بوطئه (مهر أمة) مثلها بكراً إن كانت بكراً ؛ كما صرح به الحارثي ، وإلا فثيباً ، ولو كانت مطاوعـــة . هذا المذهب ، وعليه أكثر الأصحاب ؛ لأنه حق للسيد ، فلا يسقط بمطاوعتها ؛ كما لو أذنت في قطع يديها، وعلى الغاصب أيضاً (أرش بكارة) أزالها ؛ لأنـــه بدل منها ، فلا يندرج في المهر ؛ لأن كلًا من المهر والأرش يضمن منفرداً ؛ بدليل أنه لو وطئها ثيباً وجب مهرها، ولان افتضها بأصبعه ؛ وجب أرش بكارتها،فكذلك يجب أن يضمنها اذا اجتمعا، ويأتي في النكاح أن أرش بكارة الحرة يندرج في مهرها .

---

(١) أقول : ذكره الجراعي،وقال : وقد ذكر احتمال الإناء ؛ لأنه غير معلوم نقص بالتطهير ، لا من حيث الاستعمال . انتهى . ولم أر من صرح به ، وهو ظاهر ؛ لأنه تصرف في مال الغير بغير إذن ، لا من جهة كونه يحتمل النقص بالتطهير ، كما ذكره الجراعي ، والبحث يفهم من كلامهم ، فتأمل . انتهى .

(و) يجب بوطئه اذا حملت منه وولدت أرش (نقص بولادة) ؛ لحصوله بفعله بغير الولادة ، ولو قتلها غاصب بوطئه ، أو ماتت بغيره ؛ فعليه قيمتها . (وتضمن) لو استردها المالك حاملاً ، (فماتت بنفاس) ؛ لأنه أثر فعله ؛ كما لو استرد الحيوان المغصوب، وقد جرحه الغاصب، فسرى الجرح الى النفس عند المالك ، فمات .

(والولد) من الغاصب (ملك لربها) ـ أي : لرب الأمة ـ لأنه من نمائها، ولأنه يتبع أمه في الرق في النكاح الحلال فهنا أولى ،ويجب رده معها؛ كسائر الزوائد ، (ويضمنه) الغاصب (سقطاً) ـ أي : مولوداً قبل تمامه حياً ـ (لا) اذا ولد (ميتاً) ، ولو تاماً (بلا جناية) ؛ لأنه لم تعلم حياته قبل ذلك ، وأما اذا كان بجنايته فإنه يضمن الجاني مطلقاً ، سواء نزل حياً أو ميتاً [بعشر] (قيمة أمه) ؛ كما لو جنى عليه ، وإن ولدته تاماً حياً ، ثم مات ؛ ضمنه بقيمته . جزم به في « المغني » و «الشرح » وغيرهما . وإن ولدته ميتاً بجناية ؛فللمالك تضمينه لمن شاء من جان وغاصب ، (وقراره) - أي : الضمان - (معها) ـ أي : الجناية إن سقط بها ـ (على الجاني) ؛ لوجود الإتلاف منه ، (وكذا ولد بهيمة) مغصوبة في الضمان ، ومتى ولدت الأمة من غير الغاصب ممن يعلم الحال ؛ فهو ملك لربها ، كما لو أتت به من الغاصب .

(ويتجه ويضمن) الغاصب جنين بهيمة ولدته قبل ردها (بما نقص أمه)، فتقوم قبل الولادة وبعدها ، ويؤخذ منه ما بين القيمتين ؛ كما لو جنى عليها غيره. قال في «المبدع» : فرع: ضرب البهيمة،فألقت جنيناً ميتاً؛ ضمن نقص القيمة ، نص عليه ، وهو متجه [1].

(والولد) الذي تأتي به الأمة المغصوبة (من جاهل) للحكم ولو أنه الغاصب ومثله يجهله لقرب عهده بالاسلام، أو كونه نشأ ببادية بعيدة يخفى عليه مثل هذا،

---

(٤) أقول : ذكره الجراعي ، وصرح به م ص في « شرح المنتهى » . انتهى .

وقُلّي به (مع شبهة) من جاهل الحال ؛ بأن اشتبهت عليه بأمته أو زوجته في نحو ظلمة ، أو اشتراها من الغاصب يظنها أمته ، أو تزوجها منه على أنها حرة ، فأتت منه بولد ؛ فإنه في جميع هذه الصور (حر) ،ولا حد عليه؛ للشبهة، وعليه المهر و رش البكارة ونقص الولادة ؛ لأن ذلك إتلاف يستوي فيـــه الجاهل والعالم ، وكونه حراً لاعتقاد الواطىء الإباحة ، ونسبه لاحق للغاصب للشبهة ، وكذا لو كان من غير الغاصب جاهلاً (ويفدي) ـ أي : يلزم الواطىء فداء الولد ؛ لأنه حال بينه وبين السيد بتفويت رقه باعتقاده (بانفصاله حياً) ؛ لأنها اذا وضعته ميتاً لم تعلم حياته قبل ذلك ، ولم يوجد حيلولة بينه وبينه ، ويكون الفداء (بقيمته) ـ أي: الولد ـ نصاً ؛ كسائر المتقومات (يوم وضعه)؛ لأنه أول حال إمكان تقويمه ؛ إذ لا يمكن تقويمه حملا ، ولأنه وقت الحيلولة بينه وبين سيده . وإن انفصل المحكوم بحريته ميتاً من غير جناية ؛ فغير مضمون ؛ لأنه لم تعلم حياته قبل ذلك . وإن (كان) انفصاله (بجناية ؛ فعلى [جان] الضمان ؛ لأن الإتلاف وجد منه ، فإن كانت الجناية من الغاصب ؛ فعليه (غرة لوارثه) عبد أو أمة قيمتها خمس من الإبل موروثة عنه كأنه ولد حياً ؛ لأنـــه أتلف جنيناً حراً ، ولا يرث الغاصب منهـــا شيئاً لو كان الولد منه ؛ لأنه قاتل له . (وعلى غاصب) للسيد (عشر قيمة أمه) ، فيضمنه له ضمان المماليك ، ولهذا لو وضعته حياً قومناه مملوكاً وقد فوت رقه على سيده . وإن كان الجناية من غير الغاصب ؛ فعلى الجاني الغرة يرثها الغاصب ؛ لأنه أبو الجنين دون أمه ؛ لأنهـــا رقيقة، وعلى الغاصب عشر قيمة الام للمالك ؛ لأنه يضمنه ضمان المماليك ؛ لكونه قـــد فوت رقه على السيد ، ومتى انتقلت العين المغصوبة عن يد الغاصب الى المالك ، فالمنتقلة اليه بمنزلة الغـاصب في كون المالك يملك تضمينه العين والمنفعة الفائتة لأنه إن كان عالماً بالحال كان غاصباً ، وإن كان جاهلا ؛ فلعموم قوله صلى الله عليـه وسلم : « على اليد ما أخذت حتى تؤديه » . ولأن العين المغصوبة

صارت في يده بغير حق ، فملك المالك تضمينه بما يملك تضمين الغاصب ، لكن إنما يستقر عليه ما دخل على ضمانه من عين أو منفعة ، ويستقر ما لم يدخل على ضمانه على غاصب .

اذا تقرر ما ذكر فالايدي المرتبة على يد الغاصب عشرة .

الاولى : القابضة تملكاً بعوض مسمى ، وهي يد المشتري ومن في معناه كالمتهب بعوض ، فمن غصب أمة بكرا ، واشتراها منه آخر ، واستولدها ثم ماتت عنده ، أو غصب داراً أو بستاناً أو عبداً ذا صنعة أو بهيمة ، فاشتراها إنسان واستعملها الى أن تلفت عنده ، ثم حضر المالك ، وضمن المشتري ما وجب له من ذلك ؛ لم يرجع بالقيمة ولا بأرش البكارة على أحد ؛ لدخوله على ضمان ذلك ؛ لبذله العوض في مقابلة العين ، بخلاف المنافع ؛ فانما تثبت للمشتري تبعاً للعين .

(ويرجع متملك غصب) - أي: مغصوب - (بعوض كقرض وشراء وهبة بعوض اذا غرم) بتضمين المالك له (على غاصب بنقص ولادة ومنفعة فائتة بإباق أو نحوه) كمرض (ومهر وأجرة نفع وثمر وكسب وقيمة ولد) منه ، أو من زوج زوجها إياه المشتري ؛ لأن المشتري لم يدخل على ضمان شيء من ذلك ، فيكون قراره على الغاصب ، فإذا غرمه المالك للمشتري أو شيئاً منه ؛ رجع به على الغاصب حيث جهل المشتري الحال ، فان علمه استقر عليه ذلك كله .

(و) يرجع (غاصب) غرم الجميع المالك (على متملك) - وهو المشتري - (بقيمة غصب وأرش بكارة) ؛ لان المشتري دخل مع الغاصب على ضمان ذلك .

الثانية : يد مستأجر ، وقد ذكرها بقوله : (وفي إجارة يرجع مستأجر) غرم المالك قيمة العين والمنفعة على غاصب (بقيمة عين) تلفت بيده بلا تفريط ،

وجهل الحال ؛ لانه لم يدخل على ضمانها ، بخلاف قيمة المنفعة ، فتستقر عليه ؛ لدخوله على ضمانها ، (و) يرجع (غاصب) غرم المالك العين والمنفعة عليه ـ أي: على مستأجر ـ (بقيمة منفعة) ؛ لانه دخل على ضمان المنفعة دون العين ، فان ضمن المالك الغاصب العين أو المنفعة معا ؛ رجع الغاصب على المستأجر بقيمة المنفعة ، وإن ضمنها المستأجر ؛ رجع على الغاصب بقيمة العين .

(ويسترد متملك ومستأجر) من غاصب اذا (لم يقر بالملك) للغاصب (ما دفعاه له من المسمى) في عقد البيع والإجارة من ثمن وأجرة ،(ولو علما) ـ أي: المستملك والمستأجر ـ (الحال) ؛أي: كون العين المتملكة أو المؤجرة مغصوبة ؛ لانتفاء صحة العقد مع العلم وعدمه ؛ لأن الغاصب غير مالك وغير مأذون له من قبل المالك ، فلا يملك الثمن ولا الأجرة بالعقد الفاسد ، وسواء كانت القيمة التي ضمنت للمالك وفق الثمن أو دونه أو فوقه ،على ما اقتضاه كلام الأصحاب هنا . قال ابن رجب في « القواعد » : لو أقر المشتري للبائع بالملك ؛ فلا رجوع له عليه ، ولا يعارضه ما يأتي في الدعاوي والبينات أن قول المدعي: اشتريته من زيد ،وهو ملكه؛ لا يمنع الرجوع إذا انتزعه المدعي ، ويمكن التوفيق بين الكلامين بأن يحمل ما يأتي على ما اذا أقر بالملك جاهلا بالحال، وما هنا على ما إذا كان عالماً بالحال ، فيرجع مع الجهل ، لا مع العلم ؛فلامعارضة إذن . وهذا أولى من بقاء كل من الكلامين على عمومه ؛ لما علمت أنه محتمل خصوصاً . وظاهر « الإقناع » الرجوع في الكل ، فغايةما في كلام المصنف أن مفهومه هنا فيه تفصيل دل عليه منطوق ما يأتي ، فتلخص أن الرجوع فيما إذا جهل الحال سواء أقر أم لا ، أو علما الحال ولم يقر ، فارتفع التعارض بين الكلامين، والنزاع بين المصنف وصاحب « الإقناع » في صورة ما إذا كان المشتري والمستأجر عالما مقرا بالملك. فا « لإقناع » على الرجوع ، والمصنف على عدمه ، فكان على المصنف أن يقول : خلافا له ، ولو طالب المالك الغاصب

بالثمن كله إذا كان أزيد من القيمة ، قال ابن رجب : فقياس المذهب أن له ذلك كما نص عليه أحمد في المتجر في الوديعة من غير إذن : أن الربح للمالك .

الثالثة : يد القابض تملكا بلا عوض إما للعين بمنافعها كيد المتهب والمتصدق عليه والموصى له بالعين المغصوبة ، وإما للمنفعة فقط كالموصى له بمنافعها .

الرابعة : يد القابض لمصلحة الدافع فقط كوكيل ومودع عنده العين المغصوبة ، وإليها أشار بقوله : (وفي تملك بلا عوض) كهبة وهدية وصدقة ووصية بعين أو منفعة (وعقد أمانة) كوكالة ووديعة ورهن مع جهل قابض بغصب ؛ (يرجع متملك وأمين غرما) على غاصب (بقيمة عين ومنفعة) ؛ لكونهما مغرورين بتغرير الغاصب ؛ لأنهما لم يدخلا على ضمان شيء ، فكان لهما الرجوع بما ضمناه . ولا يناقض ما سبق في الوكالة والرهن من أن الوكيل والأمين في الرهن إذا باعا وقبضا الثمن ، ثم بان المبيع مستحقا؛ لا شيء عليهما ؛ لأن معناه أن المشتري لا يطالبهما بالثمن الذي أقبضه لهما ؛ لتعلق حقوق العقد بالموكل دون الوكيل ، أما كون المستحق للعين لا يطالب الوكيل فلم يتعرضوا له هناك ألبتة ، وهو بمعزل عن مسألتهم بالكلية . قاله ابن رجب (ولا يرجع غاصب) غرم على من أودعه أو وهبه ونحوهما العين المغصوبة إذا تلفت تحت يده بلا تفريط (بشيء) من قيمة عين ولا منفعة حيث جهل الحال .

(ويتجه باحتمال) قوي (ولا) يرجع غاصب أمة ملكها لجاهل الحال (بمهر ولا بأرش بكارة ولا بنقص) غرم ذلك لمالكها ؛ لتعديه . وهو متجه[1] .

---

(١) أقول : قال الجراعي : أي : إذا غصب أمة ووهبها لآخر ، فوطئها ؛ فلا يرجع بمهر وأرش بكارة ونقص ولادة ، وهو مأخوذ من قولهم ولا يرجع غاصب بشيء ، وهو نكرة عامة لكل فرد من أفراد التملك بلا عوض ، فدخل فيه ما ذكره في الاتجاه ، ولا مفهوم لكلامهم يمنعه حيث ذكره بالاحتمال انتهى . قلت : لم أر من صرح به ، وهو ظاهر إطلاقهم ، ومقتضى كلامهم حيث قالوا : لأنهما لم يدخلا على ضمان شيء ؛ فتأمل . انتهى .

(ومن هنا) – أي : من قوله : وفي تلف بلا عوض إلى آخره – (علم أن الوكيل) على العين المغصوبة (والمرتهن) لها (والأمين في الرهن) ، وهو من جعلت تحت يده بإذن الراهن والمرتهن (لرب العين) المغصوبة (المستحق الضمان) – أي : التضمين – (مطالبتهم بها) – أي : العين المغصوبة – لأنهم كالغاصب ، (وان لم يفرطوا) ؛ لأن العين المغصوبة مضمونة على كل حال – ولو لم يعلموا بالغصب – لكن لهم الرجوع على الغاصب ؛ لأن عقدهم لو كان صحيحاً لما اقتضى ضمان عين ولا منفعة ، وكذا سائر الأيدي المترتبة على الغاصب . فعقد البيع يقتضي أن المبيع مضمون على المشتري بالثمن حتى لو تلف فات مجانا ، بخلاف المنافع فإنما تثبت للمشتري تبعا للعين ؛ لأن الخراج بالضمان وعقد الأجارة يقتضي أن المنفعة مضمونة على المستأجر دون العين ؛ فإن المستأجر انما أعطى الأجرة في مقابلة المنفعة خاصة ، فهي مضمونة عليه بالأجرة والعين معه أمانــة لم يلتزم ضمانها ؛ والوديعة والهبة تقتضي عدم ضمان العين ، والمنفعة ، والعارية تقتضي ضمان العين دون المنفعة ، وهكذا تقول في كل عقد بحسبه .

الخامسة : يد المستعير ، وقد ذكرها بقوله : (وفي عارية) مع جهل مستعير بالغصب إذا تلفت العين عنده ؛ (يرجــع مستعير) ضمنه مالك العين والمنفعة (بقيمة منفعة) فقط ؛ لأنه لم يدخل على ضمانها ، وإنما ضمنها بتغرير الغاصب ، ويستقر عليه ضمان العين إن لم تتلف بالاستعمال بالمعروف ؛ لأنه قبضها على أنها مضمونة عليه ، وكذا في حال لم تكن العين فيها مضمونة على المستعير ؛ بأن كان منقطعا ركب دابة يد صاحبها عليها عارية ، وفيهــا إذا كان مستعيرها من مستأجر ، وكذا من موصى له بمنفعتها ، وظهر أنها مغصوبة ؛ فلمستعير ضمنه مالك العين والمنفعــة الرجوع على الغاصب بقيمة المنفعة ، ويرجــع (غاصب) غرم لمالك قيمة العين والمنفعة على مستعير جهل الغاصب (بقيمة عين) تلفت بغير الاستعمال بالمعروف فقط لما ؛ تقدم .

(ويتجه) أنه يرجع مستعير بقيمة منفعة وغاصب بقيمة عين (حيث ضمنت) العين كما ذكرنا من الأمثلة آنفا ، وهو متجه [1] .

(ومع علمه) - أي : المستعير - بغصب العين المعارة إذا ضمنه المالك ابتداء قيمة العين مع المنفعة؛(لا يرجع) على الغاصب (بشيء) مما ضمنه له مالك؛ لأنه تعدى بقبضها عالما بالحال ؛ فلا تغرير ، ولوجود التلف تحت يده .

(ويرجع غاصب) اغرم ابتداء في هذه الحالة قيمة العين والمنفعة لمالك (بهما) - أي: بقيمة العين والمنفعة - على مستعير عالم بالحال ؛ لدخوله على ذلك.

السادسة : يد الغاصب ، وهي المشار إليهـا بقوله : (وفي غصب يرجع غاصب أول بما غرم) لمالك من قيمة عين ومنفعـة على غاصب ثان ؛ لتلفها تحت يده العادية ، لكن إن لم يغصبها الثـاني عقب الأول لم يطالبه الأول إلا بقيمة منفعتها زمن إقامتها عنده ، (ولا يرجع) غاصب (ثان) إذا غرم للمالك قيمة العين ومنفعتها زمن اقامتها عنده (عليه) - أي : على الغاصب الأول -(بشيء)؛ لحصول التلف بيده العادية ، فاستقر الضمان عليه، ولا يرجع به على أحد ، لكن لا يغرمه المالك المنفعة إلا مدة إقامتها عنده .

السابعة : يد المتصرف في المال بما ينميه كشركة ومزارعة (وفي نحو مضاربة ومساقاة يرجع عامل) مثلا غرم على غاصب (بقيمة عين) تلفت تحت يده بلا تفريط ؛ لدخوله على عدم ضمانها ، ويرجع عليـه أيضاً (بأجرة عمل) ؛ لتغريره . قال ابن رجب : وأما المضارب والمزارع بالعين المغصوبة وشريك العنان فقد دخلوا على أن لا ضمان عليهم بحال ،فإذا ضمنوا على المشهور؛رجعوا

---

(١) أقول: قال الجراعي ذكر هذا القيد احترازاً عن العين التي لاضمان فيهـا كالخمر ونحوه . انتهى . قلت : والمراد من البحث أن العارية إذا استعملت بالمعروف ؛ فلا ضمان ، فأراد بالبحث تقييد إطلاق قولهم هنا : وغاصب بقيمة منفعة ، وليس المراد ما كتبه الجراعي ، والبحث صريح في كلام الشراح . انتهى .

بما ضمنوا إلا حصتهم من الربح ؛ فلا يرجعون بضمانها ؛ لدخولهم على ضمانها عليهم بالعمل كذلك ، ذكره القاضي وابن عقيل في المساقي، والمزارع نظيره ، وأما المضارب والشريك فلا ينبغي أن يستقر عليهم ضمان شيء بدون القسمه ، سواء قلنا ملكوا الربح بالظهور أولا ؛ لأن حصتهم وقاية لرأس المال ، وليس لهم الانفراد بالقسمة ؛ فلم يتعين لهم شيء مضمون .

(و) يرجع (غاصب) غرم لمالك على عامل (بما قبض عامل لنفسه من ربح) في مضاربة ،وبما قبض من (ثمر مساقاة) ومن زرع في مزارعة، بقسمة الربح أو الثمر أو الزرع مع الغاصب ؛ لأنه لا يستحق ما قبضه من ذلك ؛ لفساد عقد المضاربة ، ولأنه قد تقدم أن للعامل مطالبة الغاصب بأجرة عمله في المال أو الشجر ، فلا يجتمع له ذلك مع الجزء المشروط له من المال والثمر ، وكذا لو فسدت المضاربة أو المساقاة من المالك بأي مفسد كان .

الثامنة : يد المتزوج للأمة المغصوبة من الغاصب إذا قبضها من الغاصب بمقتضى عقد النكاح ، وأولدها ثم ماتت عنده ، وذكرها بقوله : (وفي نكاح يرجع زوج) غرم المالك (بقيمتها) وأرش بكارة ونقص ولادة (وقيمة ولد شرط حريته) في العقد على الغاصب ظانا أنها ملكه(أولا) ؛ أي: أولم يشترط حريته ، (ومات) الولد بيد الزوج إذا غرّمه إياها المالك على الغاصب ؛ لأن الولد وإن لم يفسد اشتراط ذلك على الغاصب عدم رقه ، لكنه دخل مع الغاصب على أنه لا غرم عليه بسبب الولد ، فإذا غرم ذلك رجع عليه به ؛ لأنه غره(و) يرجع (غاصب) على زوج إن غرم (بمهر مثل) أغرمه إياه المالك ؛لاستقراره عليه بالوطء ودخوله على ضمان البضع .

(ويتجه) أنه (لا) يرجع الغاصب على الزوج (بأرش بكارة) غرمها المالك حيث جهل الزوج الغصب ؛ لأنه لا يدخل على ضمان ذلك ، وإنما ألزم به

الغاصب فيما تقدم ، لتعديه ، ولا كذلك الزوج ، وهو متجه [1]. لكن المذهب خلافه . (ويرد) الغاصب للزوج (ما أخذ) منه (من) مهر (مسمى) ؛ لفساد العقد .

التاسع : اليد القابضة للمغصوب تعويضا بغير عقد البيع وما بمعناه ، وأشار إليها بقوله : (وفي إصداق غصب) ؛ أي : وفيما إذا تزوج الغاصب امرأة على العين المغصوبة ، وقبضتها على أنها صداقها ، (ونحو خلع) كطلاق وعتق وصلح عن دم عمد (عليه) - أي : على المغصوب - كما لو سأل الغاصب إنسانا أن يخلع زوجته ، أو يطلقها ، أو يعتق أمته ، أو صالح عن دم عمد على ما بيده من مغصوب معين (وإيفاء دين به) ؛ كما لو كان في ذمة إنسان عبد موصوف دين سلم ، فغصب عبدا بالصفة ، ودفعه عما في ذمته ، فإذا جاء المالك - وقد تلف المغصوب بيد القابض له على وجه مما ذكر - فله الرجوع عليه ببدل العين والمنفعة ، قاله ابن رجب ، وعلى المذهب (يرجع قابض) غرمه مالك قيمة العين والمنفعة (بقيمة منفعة) ومهر ونقص ولادة وثمر وكسب وقيمة ولد على غاصب ؛ لتغريره إياه ، وأما قيم الاعيان وأرش البكارة فمقتضى ما ذكره القاضي ومن تبعه لا يرجع بها ؛ لأنه دخل على أنها مضمونة عليه بحقه . قاله ابن رجب ، ومعنى هذا أن ضمانها يستقر عليه . (و) يرجع (غاصب) - إن غرم - (ببدل عين) وأرش بكارة على قابض ؛ لما سبق ، وسواء كان البدل وفق حقه أو دونه أو أزيد منه ، (والدين) فيما إذا كان القبض ثابت عن وفاء في الذمة ؛ كثمن المبيع ودين السلم والقرض والاجرة وغير ذلك ، كقيم المتلفات باق في ذمة الغاصب (بحاله) ؛ لفساد القبض .

(ويتجه) أنه لا يرجع غاصب أقبض مدينه عيناً مغصوبة وفاء عما في ذمته ، فتلفت وأغرمه المالك قيمتها على مدينه ببدلها (حيث لا مقاصة) ؛ أي : لا

---

(١) أقول : ذكره الجراعي ، وأقره ، وأشار الى ما بحثه المصنف م ص في « شرح المنتهى » وغيره ، فقول شيخنا : لكن الخ غير ظاهر ، فتأمله . انتهى .

مساواة بين ما ثبت للمدين على الغاصب من قيمة المنفعـــة ، وبين بدل العين المغصوبة الثابت للغاصب ، فإن تساويا تقاصا ، ولا رجوع للغاصب بالبدل. مثاله لو غصب زيد عبداً لعمرو ، وكان على زيد لبكر مائة درهم مثلا ، فدفع العبد وفاء عن دراهمه ، ثم تلف العبد ، فإذا رجع عمرو على زيد بقيمة عبده ؛ فلزيد الرجوع على بكر ببدل العبد ، ولبكر الرجوع على زيد بقيمة المنفعـة ؛ لأنه فوتها عليه ، فيتقاصان إن تساوى البدل والمنفعة ؛ بأن كانت قيمتها مائة درهم، وإن لم يتساويا فيسقط من الاكثر بقدر الأقل ، ويبقى الدين بحاله ، وهو متجه[1].

العاشرة : يد المتلف للمغصوب نيابة عن الغاصب مع جهله الحال كالذبح للحيوان والطابخ له ، وهذا يرجع بما ضمنه له المالك على الغاصب ؛ لوقوع الفعل للغاصب ، وأشار إليها بقوله:(وفي إتلاف ولو محرماً ؛ كقتل) العبد أو إحراق المال المغصوب الحاصل من إنسان جاهل بالحال (بإذن غاصب القرار عليه)ـ أي: على الغاصب ـ لوقوع الفعل له ، فهو كالمباشر. قاله القاضي وابن عقيل والأصحاب، وإن حصل الإتلاف على وجه محرم ؛ كما لو قتل الحيوان المغصوب بإذن من الغاصب (مع علم متلف) بغصب أو علم (منتقل اليه)المغصوب بوجه (فيما مر)تفصيله

---

(١) أقول : ذكره الجراعي ، وأقره ، ولم أر من صرح به ، وهو ظاهر لمــا صرحوا به في باب السلم من صحة المقاصة بشروطها ، والمراد منه أن قولهم والدين بحاله : أي : إذا لم توجد شروط المقاصة . أما اذا وجدت فيتقاصان . مثاله لو غصب زيد من عمرو عبداً ، وكان على زيد مائة درهم لبكر ، فدفع له العبد وفاء له عما عليه ، ثم تلف العبد ، فاذا رجع عمرو على زيد ، وأغرمه قيمة العين والمنفعة ؛ فيرجع زيد على بكر بقيمة العين فحيث ثبت الرجوع لزيد بقيمة العين ولبكر له في ذمته الدين ، فاذا وجدت شروط المقاصة يتساقطان ؛ لأنه لا فائدة في أخذ زيد من بكر ، ثم دفعه له بعده وفاء عما عليه ، وليس المراد ما كتبه شيخنا ، فان فيه سبق قلم لا يخفى على المتأمل ، فتأمــل وتدبر . انتهى .

من وجوه الانتقال الثلاثة ، وهي الانتقال بالشراء أو الهبة أو العارية[1] ؛ فحكمه حكم (الغاصب) يستقر عليه الضمان ؛ لتعديه على ما يعمله ملك غيره بلا إذن مالكه . (وإن كان المنتقل إليه) المغصوب (في هذه الصور) العشرة (هو المالك) له مع جهله أنه عين ماله ؛ (فلاشيء له) على الغاصب ؛ (لما يستقر عليه) – أي: المنتقل إليه – ضمانه (لو كان أجنبياً) – أي: غير المالك – (وما سواه) – أي: سوى ما يستقر ضمانه على المنتقل إليه الغاصب لو كان أجنبياً – فهو (غاصب) ، للمالك مطالبته به ، فلو غصب عبدا ، ثم استعاره منه مالكه ، ثم تلف عنده ؛ فلا طلب له على غاصب بقيمته ، سواء علم أنه عبده أو لا ؛ لأن ضمانها يستقر عليه لو لم يكن هو مالكه ، ويطالبه بقيمة منافعه مدة إقامته عند الغاصب ؛ لأنه لم يوجد ما يسقطها .

تتمة : قال في الفنون في المجلد التاسع عشر ، محتجا على أن حرمة الحيوان آكد من حرمة المال : لو أذن في قتل عبده ، فقتله ؛ لزمته كفارة لله ، وأثم ، ولو أذن في إتلاف ماله سقط الضمان والمأثم ، ولا كفارة . انتهى . فلو غصب إنسان طعاماً ، و (أطعمه) – أي : الطعام المغصوب – (لمالكه) أو أجنبي ، (ولم يعلمه) الغاصب ، أو أطعمه (لنحو دابته) – أي : المالك – كعبده ؛ لم يبرأ غاصب (ولو لم يقل) غاصب لآكل كله فإنه (طعامي ، أو أخذه) المالك من غاصب (هبة) أو أخذه (صدقة ؛ لم يبرأ) غاصب ، أو أباحه له ؛ بأن كان صابوناً ، فقال : اغسل به أو شمعاً ، فأمره بوقده ونحوه ، وهو لا يعلمه ، أو استرهنه مالك أو استودعه أو استأجره من غاصبه ، أو استأجر غاصب مالكا على قصارة ثوب مغصوب أو خياطته أو صبغه ، ولم يعلم مالكه أنه ملكه في هذه

---

(١) أقول : قول المصنف : ومع علم الخ الظاهر أنه راجع الى الايدي العشرة حيث لم يذكر في تفصيلها حكم العلم ، فذكره هنا إجمالا منبها على حكم ذلك ، فتخصيص شيخنا له على الانتقالات الثلاث غير ظاهر ، فتأمله . انتهى .

الصور كلها ؛ لم يبرأ غاصب . أما كونه لا يبرأ بالطعام والإباحة ؛ فلأنه بغصبه منع يد مالكه وسلطانه عنه ، ولم يعد إليه بذلك سلطانه ؛ لأن المالك لم يملك التصرف فيه بغير ما أذن له فيه الغاصب ، وأما في الهبة والصدقة ؛ فلأنه تحمل منته ، وربما كافأه على ذلك . وأما في مسأله الرهن وما بعدها ؛ فلأنه قبضه على وجه الأمانة ؛ فلم يعد إليه بذلك سلطانه ، وهو تمكينه من التصرف فيه بكل ما أراد . وإن كان المالك عالماً أنه ملكه وأكله بإطعام الغاصب له ، أو أكله بنفسه ، أو أكله عبده أو دابته بيده ـ ولو بلا إذنه ـ بريء الغاصب ؛ لأن المالك أتلف ماله عالماً من غير تغرير ؛ فلم يكن له رجوع به على أحد، وكذلك الاجنبي إذا أكل ما علم بقبضه؛ بريء الغاصب ،ولزم الاجنبي الضمان؛ لانه المباشر.

(ويتجه) أنه يؤخذ من هذا المتقدم ذكره، وهو قوله في بحث اليد الاولى من الايدي العشرة ، ويرجع متملك غصب بعوض كقرض وشراء الى آخره على غاصب ، وغاصب على متملك بقيمة غصب وأرش بكارة ؛ أي : لان المشتري دخل مع الغاصب على ضمان ذلك [1] (براءة غاصب بدفعه) المغصوب (لمالكه) بعقد (قرض أو) عقد (شراء أو تلف) عند مالكه ، (ولم يعلم) به المالك . جزم به في « المغني » و « الشرح » وهو رواية عن أحمد . قال في « الفروع » وجزم به جماعة ، وصححه في « الكافي » وغيره ، واختاره القاضي في خلافه ، وهو مقتضى القياس ؛ لان المالك تسلمه تسلماً تاماً ، فصار مضموناً عليه ، وقد قالوا : لا شيء لما يستقر عليه لو كان أجنبياً ، قال في « الرعاية » قال المجد في شرحه : وإن باعه منه بريء قولاً واحداً ؛ لان قبض المبيع مضمون على المشتري .

---

(١) أقول : قول المصنف ويتجه من هذا أي : من قوله : وان الخ وما قاله شيخنا غير ظاهر منه ، فتأمل . انتهى .

تنبيه : قياس المذهب أن الغاصب يبرأ من المنفعة فيما اذا أجره لمالكه ، لدخوله على ضمانها ، كما أشار إليه المجد في شرحه ، (خلافا لهما) - أي : « للمنتهى » و « الإقناع » فإنهما قالا : أو أخذه المالك : (فيما يوهم) أنهما لم يصرحا بذلك مع أنهما صرحا به ، والمنصوص كما قاله الحارثي ، لكن القياس ما ذكره المصنف ، وهو متجه [1] .

(وإن لم يتلف) المغصوب الذي اشتراه أو استقرضه مالكه من الغاصب ؛ (لم يبرأ) منه الغاصب ؛ لاحتمال رده بنحو عيب ، فيتلف بعده ؛ كما لو دفعه الغاصب له - أي : لمالكه - (أمانة) ؛ لانه لم يدخل على ضمان ذلك ؛ إذ لو تلف تحت يده بلا تعد ولا تفريط لا يكون ضامناً .

(وإن صدر ما تقدم) ذكره (من مالك) ؛ بأن أطعم المالك ما غصب منه (الغاصب) أو لدابته ، أو وهبه إياه ، أو تصدق به عليه ، أو رهنه ، أو أودعه ، أو أجره إياه ، أو باعه منه ، أو أقرضه ، أو أعاره له ، واستأجر المالك الغاصب على قصارة الثوب المغصوب أو على تعليم العبد المغصوب ؛ (برىء) الغاصب في هذه الصور كلها ، سواء علم المالك أن المغصوب ملكه أو لم يعلم ؛ اعتباراً بما في نفس الأمر ؛ كمن وطىء امرأة يظنها أجنبية ، فتبينت زوجته ؛ فإنه لا مهر عليه ولا غيره [، وكما لو أكل في الصوم يظن أن الشمس لم تغرب فتبين أنها كانت غربت فإنه لا يلزمه القضاء] ، من ضمان (غصب) فقط ، لا من إثمه الحاصل بارتكابه الاستيلاد والحيلولة بين المالك وبين ماله بغير حق ، وصدور ما ذكر من المالك مبرىء للغاصب من الغصب ، ومزيل لحكمه ، وإن كان في بعض صوره ما يكون في ضمان الغاصب ؛ كما لو أقرضه الدراهم المغصوبة ، فإن حكم الغصب فيها اذا اتجر بها الغاصب أن الربح يكون لمالكها ، والحكم

---

(١) أقول : صرح بهذا البحث م ص في « شرح المنتهى » وغيره من المحشين ، فارجع الى تفصيل ذلك . انتهى .

فيما بعد اقتراضها من مالكها أن الربح يكون للذي اغتصبها ، وكما لو باعه أو أعاره ؛ فإن له الرجوع على الغاصب بأجرة المنفعة ؛ لدخوله على أن المنفعة غير مضمونة عليه على الغاصب بأجرة، كما يشير اليه كلام المجد في شرحه ؛ وكما لو زوج المالك الغاصب الأمة المغصوبة ، فإن الغاصب يبرأ من عهدة غصبها ، وتصير بيده أمانة ؛ كما لو لم يغصبها قبل تزوجها ؛ لأن إتلاف المغصوب حصل بأمر مالكه ، وبقاؤه في يد الغاصب حصل برضى مالكه ؛ أشبه ما لو لم يتقدم غصب .

(ومن اشترى أرضاً ، فغرس) فيها ، (أو بنى فيها ، فخرجت مستحقة) لغير بائعها ، (وقلع غرسه) - أي: غرس المشتري - (وبناؤه) ؛ لكونه وضع بغير حق ؛ (رجع) مشتر (على بائع بما غرمه) بسبب ذلك (من ثمن) أقبضه ، (وأجرة غارس وبان وثمن مؤن) مستهلكة (وأرش نقص بقلع) ونحو ذلك وأجرة دار ؛ لأن البائع غر المشتري ببيعه إياها ، وأوهمه أنها ملكه ، وكان ذلك سبباً في غراسه وبنائه وانتفاعه ، فرجع عليه بما غرمه ، ولا يرجع المشتري (بما أنفق على قن وحيوان وخراج أرض) إذا اشترى أرضاً خراجية وغرم خراجها ، ثم ظهرت مستحقة ؛ فلا يرجع المشتري بذلك على البائع ؛ (لأنه) - أي : المشتري - (دخل في الشراء ملتزماً ضمان ذلك) ؛ لأن عقد البيع يقتضي النفقة على المبيع ودفع خراجه ، قاله في شرح « الإقناع » قلت : وقياس ذلك أن الزوج لا يرجع على الغاصب بما أنفقه على الزوجة اذا خرجت مغصوبة ؛ كما أنه لا يرجع على الحرة في النكاح الفاسد ، وبيع الخراجية كما تقدم غير صحيح ، فالمراد هنا اذا حكم به من يراه ، أو المراد به النزول عنها لمن يقوم مقامه في الانتفاع ووزن الخراج كما يأتي في إحياء الموات .

(ويجوز تملك زرعه)- أي : الغاصب - ببدل بذره وعوض لواحقه ، (ومن) اشترى شيئاً ثم (أخذ) ؛ أي: انتزع (منه بحجة) مطلقة ؛ أي : بأن اقيمت بينة شهدت للمدعي بالملك المطلق ؛ بأن لم تقل :ملكه من وقت كذا (ما اشتراه)مدعى عليه ؛ (رد بائعه) للمشتري (ما قبضه) منه من الثمن ؛

لفساد العقد بخروجه مستحقاً ، والأصل عدم حدوث ملك ناشيء عن المشتري ، كما لو شهدت بملك سابق على زمن الشراء .

(ومن اشترى قناً) من إنسان ، (فأعتقه ، فادعى شخص — ولا بينة أن البائع) للقن (غصبه منه) أي القن — (فصدقه) على مدعاه (أحدهما) - أي : البائع أو المشتري (لم يقبل) تصديقه (على الآخر) المنكر ؛ لأنه لا يقبل إقراره في حق غيره (بل) يقبل تصديقه (على نفسه) فقط . (وإن صدقاه) أي : البائع والمشتري - (مع) القن (المبيع ؛ لم يبطل عتقه ؛ لتعلق حق الله) تعالى به ؛ بدليل أنه لو شهد شاهدان بعتقه ،وأنكره العبد؛ قبلت شهادتهما ، ولم يقبل إنكاره مع اتفاق السيد والقن على الرق . (وكذا من قال : أنا حر ، ثم أقر بالرق؛لم يقبل) إقراره. وللمالك تضمين من شاء منها قيمته يوم العتق ، (ويستقر الضمان) - أي : ضمان القيمة - (على معتقه) لمدعي الغصب يوم العتق على الصحيح من المذهب، وإن حكاه شارح المنتهى ؛ يقبل؛ لاعترافه بالإتلاف بالعتق بغير إذن ربه.

(ويتجه ويرد بائع) لمن ادعى عليه بأنه غاصب لمشتر (ما) - أي ثمناً - (أخذه منه) ، وهذا الاتجاه مصرح به في «المبدع » و «الشرح» وغيره ، وعبارته : ومتى أن حكمنا بالحرية ؛ فللمالك تضمين قيمته يوم عتقه ، فإن ضمن ؛ رجع على المشتري ؛ لأنه أتلفه ، وإن ضمن المشتري لم يرجع على البائع إلا بالثمن ؛ لأن التلف حصل منه ، فاستقر الضمان عليه انتهى .

(ولو مات القن ، وخلف مالاً — ولا وارث) له — فالمال المخلف عنه (لمدع) ؛ لاتفاقهم على أنه له ، (ولا ولاء) له عليه ؛ لأنه لم يعتقه ، ولا ولاء عليه للمعتق ؛ لاعترافه بفساد عتقه ، فإن خلف وارثاً ؛ فالمال له للحكم بحريته ، وإن أقام المدعي بينة بأن البائع غصب منه عبده ؛ بطل البيع ؛ لأنه ليس من مالك ولا مأذونه ، وبطل العتق أيضاً ؛ لترتبه على البيع الباطل ، ويرجع المشتري على البائع بالثمن ؛ لبطلان البيع . (وإن لم يعتقه مشتر) ، وادعى إنسان أنه غصبه البائع منه ، وأقام المدعي بينة بما ادعاه ؛ انتقض البيع ،

ورجع المشتري على البائع بالثمن ؛ لبطلان البيع ، وكذلك إن أقر – أي : البائع والمشتري – (بغصبه لمدعيه) ؛ أي : بأن البائع غصبه من المدعي ؛ (بطل بيع) ؛ لإقرارهما بالغصب ، (ورد ثمن) قبضه بائع لمشتر ، بخلاف ما اذا أعتقه . (وإن أقر أحدهما) بما ادعاه المدعي من غصب القن ؛ (لم يقبل) إقراره (على الآخر) ؛ لأنه تعلق به حق غيره ، ثم لا يخلو إما أن يكون المقر البائع أو المشتري ، وقد أشار الى البائع بقوله : (فيلزم بائعاً أقر له) – أي: للمدعي بمدعاه – وكان إقراره له (بعد) انقضاء مدة (خيار قيمته) – أي : العبد – للمقر له به ؛ لأنه ملكه ، وقد أحال بينه وبينه بغير حق ، ويقر العبد في يد المشتري ؛ لأنه ملكه في الظاهر . (وله) – أي : البائع – (تحليف مشتر) أنه لا يعلم صحة إقراره ، فإن نكل ؛ قضي عليه بالنكول . (وإن كان) البائع (ما قبض الثمن ؛ لم يطالبه به) ؛لإقراره بما يسقطه ، (وإن كان) البائع قد (قبضه) – أي: الثمن – (لم يسترده مشتر ؛ لأنه لا يدعيه ، فإن عاد [قن لمقر]) وهو البائع في هذه الصورة، بفسخ للبيع أو غيره من إرث أو هبة أو شراء ؛ وجب عليه (رده لمدعيه) ؛ لاعترافه له بالملك . وله استرجاع ما أخذ منه في نظير الحيلولة لزوالها (و) إن كان اقرار البائع ؛ بأن غصبه منه (في) مدة (خيار) ؛ فإنه (ينفسخ البيع) ؛ لأنه يملك فسخه ، فقبل إقراره بما يفسخه ، وسواء كان خيار مجلس أو خيار شرط لهما أو للبائع وحده ، لا للمشتري وحده ، وأشار الى المشتري بقوله : (ويلزم مشترياً أقر) بأن البائع غصبه من مدعيه ؛ (رد عبد) للمدعي ؛ لإقراره له بالملك ، ولم يقبل إقراره على البائع ، ولا يملك المشتري الرجوع على البائع بالثمن إن كان قبضه ، وعلى المشتري (دفع ثمن لبائع) إن لم يكن قبضه ؛ لأنه في ملكه في الظاهر ،(وإن أقام(المشتري(بينة) بما أقر به من غصب البائع للعبد ؛ (عمل بها) – أي: بالبينة – لعدم ما ينافيها ، وله الرجوع بالثمن على البائع حينئذ ؛ لتبين بطلان البيع ،

(وكذا بائع) أقر بأنه غصبه من المدعي، وأقام بينة بما أقر به، (ولم يقل) بائع (حال بيع بعتك عبدي هذا، أو) بعتك (ملكي)، بل قال: بعتك هذا العبد مثلا قبلت بينته؛ لأنه قد يبيع ملكه وملك غيره، وإن كان البائع في حال البيع قال: بعتك عبدي هذا أو ملكي؛ لم تقبل بينته؛ (لأنه يكذبها) بقوله: عبدي هذا أو ملكي. وان أقام المدعي البينة سمعت بينته، وبطل البيع، وكذا العتق إن كان كما تقدم، ولا تقبل شهادة البائع للمدعي بأنه غصبه منه؛ لأنه يجر بها الى نفسه نفعاً، وإن أنكر البائع والمشتري مدعى العبد، فله احلافهما؛ لحديث: «البينة على المدعي واليمين على من أنكر».

تتمة: قال احمد، في رجل يجد سرقته عند انسان بعينها قال: هو ملكه يأخذها. أذهب الى حديث سمرة عن النبي صلى الله عليه وسلم: «من وجد متاعه عند رجل فهو أحق به، يتبع المبتاع من باعه» رواه هشيم عن موسى بن السائب عن قتادة عن الحسن عن سمرة وموسى بن السائب ثقة.

(فصل: وإن أتلف) – بالبناء للمفعول – مغصوب باتلاف الغاصب أو غيره له؛ بأن قتل الحيوان المغصوب، أو أحرق المتاع المغصوب – ولو كان إتلاف الغاصب للمغصوب بلا غصب – بأن أتلفه بيد الغاصب أو بعد أن انتقل الى يده بشيء مما تقدم من نحو بيع أو هبة أو عارية أو وديعة، (أو تلف مغصوب)؛ بأن كان حيواناً فمات، أو متاعاً فاحترق ونحوه، وشمل كلامه لو غصبه مريضاً فمات في يده بذلك المرض؛ (ضمن) مغصوب (مثلي)؛ أي: ضمنه الغاصب أو من تلف بيده، (وهو) – أي: المثلي – (الفلوس، وكل مكيل) من حب وتمر ومائع وغيرها، (أو موزون) كحديد ونحاس ورصاص وذهب وفضة وحرير وكتان وقطن ونحوها (لا صناعة فيه) – أي: المكيل – بخلاف نحو هريسة، أو الموزون، بخلاف حلي وأسطال ونحوها

(مباحة) ؛ خرج أواني الذهب والفضة ، فتضمن بمثلها ؛ لتحريم صناعتهـــا ، ويأتي، (يصح السلم فيه)، بخلاف نحو جوهر ولؤلؤ (بمثله) ـ متعلق يضمن ـ نصاً ، لأن المثل أقرب اليه من القيمة ؛ لمماثلته له من طريق الصورة والمشاهدة والمعنى ،بخلاف القيمة ؛ فانها مماثلة من طريق الظن والاجتهاد، وسواء تماثلت أجزاء المثلي أو تفاوتت كالأثمان ، ولو دراهم مغشوشة رائجة،والحبوب والأدهان ونحوها ، (فإن أعوز) مثل التالف ؛ قال في «المبدع» : في البلد أو حوله؛ كأن تعذر (لبعد أو غلاء) أو عدم ؛ فعلى الغاصب ونحوه (قيمتـــه) ـ أي : المغصوب المثلي ـ لأنهـــا أحد البدلين ، فوجب عند تعذر أصله كالآخر (يوم إعوازه) ـ أي: المثل ـ لأن القيمة وجبت في الذمـــة حين انقطاع المثل ، فاعتبرت القيمة حينئذ؛ كتلف المتقوم، ودليل وجوبها إذن أنه يستحق طلبها ، ويجب على الغاصب أداؤها، ولا يبقى وجوب المثل؛ للعجز عنه ، ولأنـــه لا يستحق طلبه ولا استيفاؤه ، وتعتبر قيمته يوم إعوازه في بلد الغصب ؛ لأنـه مكان الوجوب ، (فإن قدر) من وجب عليه المثل (على المثل) بعد تعذره قبل أداء القيمة ، (لا بعد أخذهـا ؛ وجب) المثل ؛ لأنه الأصل ، وقد قدر عليه قبل أداءالبدل،حتى ولو كان ذلك بعد الحكم عليـــه بأداء القيمة ؛ كمن عدم الماء ، ثم قدر عليه قبل انقضاء الصلاة ، فإن اخذ المالك القيمة عنـــه ؛ استقر حكمها ، ولم ترد ، ولا طلب للمثل إذن ؛ لحصول البراءة بأخذها ، وكمن وجد الماء بعد الصلاة .

(ويتجه) أنه إن قدر من وجب عليــه المثل عليه جميعه ؛ لزمه أن يرد الكل من مثلي قبل دفع القيمة (أو) ؛أي : وإن لم يقدر على رد الجميع ؛وجب عليه رد (القسط) من مثلي قدر عليـه ، ويدفع القيمة عن الباقي ؛ إذ لا يكلف

الإنسان إلا ما يطيقه ؛ كمن عنده ما لا يكفيه لوضوئه ، فإنه يستعمله ، ثم يتيمم، وهو متجه [1].

(فإن تغير) لمغصوب (كرطب أثمر) ؛ أي : صار وقت التلف تمراً ، (أو عصير تخلل) ؛ اي : صار خلًا ، أو سمسم صار بعد الغصب شيرجاً ؛ (ضمنه) – بتشديد الميم – (المالك) للغاصب ونحوه (بمثل أيها شاء) ؛ لثبوت ملكه على كل واحد من المثلين ،فان شاء ضمنه رطباً وعصيراً وسمسماً ، اعتباراً بحال الغصب ، أو تمراً أو خلا أو شيرجاً اعتباراً بحال التلف . والدراهم المغشوشة الرائجة مثلية لتماثلها عرفاً ، ولأن اخلاطها غير مقصودة ، وكذا الفلوس ، وتقدم .

تنبيه : ينبغي أن يستثنى من ضمان المثلي بمثله الماء في المفازة ، فانه يضمن بقيمته في البرية . ذكره في«المبدع » وجزم به الحارثي قال في شرح«الإقناع» قلت : ويؤيده ما قالوه في التيمم : ويمم رب ماء [مات] لعطش رفيقه ،ويغرم قيمته مكانه لورثته .

وضمن (غير مثلي كجوهر وصبرة بقال ومعمول) من ذهب أو فضة ونحوهما (وحيوان) اذا أتلف ذلك أو أتلف (بقيمته يوم تلفه) ؛ لحديث ابن عمر مرفوعاً : « من أعتق شركا له في عبد قوم عليه قيمة العدل » . متفق عليه. فأمر بالتقويم في حصة الشريك ؛ لأنها متلفة بالعتق ، ولم يأمره بالمثل ، ولأن غير المثلي لا تتساوى أجزاؤه ، وتختلف صفاته ، فالقيمة فيه أعدل وأقرب اليه، وتعتبر قيمته (في بلد غصبه من نقده) – أي : نقد بلد الغصب – لأنه موضع الضمان بمقتضى التعدي ، وهذا المذهب نقله الجماعة عن احمد . قال الحارثي : وهو الصحيح والمشهور . قال الزركشي : هذا المشهور والاختيار (مع أرش

---

(١) أقول : ذكره الجراعي ، وأقره ، ولم أر من صرح به ، وهو ظاهر ؛ لأنه تعليلهم . انتهى .

نقصه وأجرته)من يوم غصبه الى يوم تلفه ، سواء كانت الزيادة موجودة حال الغصب أو حدثت في المغصوب ، (فان تعذر نقد) بلد غصبه ، بأن كان فيه نقود ؛ فالقيمة (من غالبه) رواجاً ؛ لانصراف اللفظ اليه فيما لو باع بنقد مطلق ، (وكذا) ـ أي : كالمغصوب فيما سبق تفصيله ـ (متلف بلا غصب ومقبوض يضمن) ؛ كمقبوض بعقد فاسد يجب الضمان في صحيحه كمبيع ، لا نحو هبة وما أجري مجرى المقبوض بعقد فاسد ؛ كالمقبوض على وجه سوم مما لم يدخل في ملك المتلف له ؛ فيضمن مثلي بمثله ، ومتقوم بقيمته .

(ومن أخذ) من آخر شيئاً (معلوماً بكيل أو وزن) كجزار وزيات ، أو أخذ (حوائج) متقومة كفواكه وبقول ونحوهما (من بقال ونحوه) ، ولم يقطع سعره (في أيام ، ثم حاسبه) على ما أخذ بعد ذلك ؛ (فإنه) لا يجب عليه المثل في المثلي ، ولا القيمة في المتقوم ، بل (يعطيه بسعر يوم أخذه)؛ لتراضيهما على ذلك ، ومقتضاه صحة البيع بثمن المثل . قال الشيخ تقي الدين : وعلى هذا يدخل في ملكه ، وهذا العقد جار مجرى الفاسد ؛ لكونه لم يعين فيه الثمن ، لكنه صحيح إقامة للعرف مقام النطق ، وهذا ـ وإن كان مخالفاً لما تقدم من أن البيع لا يصح إلا مع معرفة الثمن ـ أولى من القول بأنه فاسد يترتب عليه أثره ، بل يدعي بأن الثمن في هذه معلوم بحكم العرف ، فيقوم مقام التصريح به ، (ويقوم) الموزون وهو (مصاغ مباح) ـ أي : فيه صناعة مباحة ؛ وكمعمول نحاس ورصاص ومغزول صوف وشعر ونحوه كمغزول قطن وكتان ، (أو محلى بأحدهما) تزيد على وزنه لصناعته . ويقوم (تبر تخالف قيمته وزنه) بزيادة أو نقص ، بنقد من غير جنسه ، فان كان المصوغ من أحد النقدين ؛ قوم بالآخر ؛ لئلا يؤدي الى الربا ، فيقوم حلي الذهب بالفضة ، وحلي الفضة بالذهب أو كان محلى بأحد النقدين ؛ قوم من غير جنسه أيضاً فراراً من الربا . وإن كان الحلي (منهما) ـ أي : من ذهب وفضة معاً ؛ قومه (بأيهما شاء) منهما ؛

الحاجة الى التقويم بأحدهما ؛ لأنها قيم المتلفات ، وليس أحدهما أولى من الآخر؛ فكانت الخيرة في ذلك الى من يخير التقويم ، (ويعطي) رب الحلي المصوغ من النقدين أو المحلى بها (بقيمته عرضاً) لأن أخذها من أحد النقدين يفضي الى الربا .

(ويضمن محرم صناعة ؛ كاناء)من ذهب أو فضة (وحلي محرم)؛ كسرج ولجام وركاب ونحوه (بوزنه) فقط (من جنسه)؛ لأن الصناعه المحرمة لا قيمة لها شرعاً ، وقال في « الانتصار» و « المفردات » : لو حكم حاكم بغير المثل في المثلي وبغير القيمة في المتقوم ؛ لم ينفذ حكمه ، ولم يلزم قبوله ، واقتصر عليه في « المبدع » وغيره .

(و)يجب (في تلف بعض مغصوب) عند غاصب (فتنقص قيمة باقية كزوجي خف) ومصراعي باب(تلف أحدهما؛ رد باق) منها الى مالكه وجوبا (وقيمة تالف وأرش نقص) للباقي منها ، فإذا كانت قيمتها مجتمعين ستة دراهم،فصارت قيمة الباقي منها درهمين؛رده وأربعة درهمان قيمة التالف ودرهمان أرش النقص؛ لأنه نقص حصل بجنايته ،فلزمه ضمانه ؛ كما لو شق ثوبا ينقصه الشق ، بخلاف نقص السعر ؛ فإنه لم يذهب به من المغصوب عين ولا معين وهاهنا فوات معين وهو إمكان الانتفاع به،وهو الموجب لنقص قيمته؛ كما لو فوت بصره أو سمعه ونحوه.

(ومن غصب ثوباً بعشرة) فلبسه الغاصب أو غيره ، فأبلاه ، (فنقص) الثوب (باستعماله نصف قيمتـه) ، وكذا لو نقص ذلك بغير استعمال ، (ثم غلت) الثياب ، (فعادت) قيمة الثوب المغصوب الى عشرة ؛ كما لو كانت قبل البلى ؛ (رده)الغاصب (ورد أرش نقصه ؛ لثبوته بذمته قبل غلوه) ، فلا يتغير ذلك بغلاء الثوب ولا رخصه ، وكذلك (لو رخص) الثوب ، فصارت قيمته ثلاثه ؛ (لم يلزمه) – اي : الغاصب – (مع رده) – اي : الثوب – لمالك (سوى الخمسة) أرش النقص ، ولو تلف الثوب كله وقيمتـه عشرة ، ثم غلت

الثياب ؛ فصارت قيمته عشرين ؛ لم يضمن الغاصب إلا عشرة، فلا تزاد بغلاء الثياب ، ولا تنقص برخصها .

(و) يجب (في نحو قن أبق) من غاصبه ، (وجمل) أو فرس (شرد) منه ، وعجز عن رده مع بقائه (قيمته) - اي : المغصوب الآبق أو الشارد لمالكه ؛ للحيلولة ، (ويملكها) - اي : القيمة - (مالكه) - اي : المغصوب - بقبضها ، ويصح تصرفه فيها كسائر أملاكه من أجل الحيلولة ، لا على سبيل العوض ، ولهذا لا يملك(غاصب مغصوباً بدفعها) - اي : القيمة - لأنه لا يصح أن يتملكه بالبيع ؛ لعدم القدرة على تسليمه ، وكما لو كان أم ولد فلا يملك كسبه ، ولا يعتق عليه لو كان قريبه ؛ إذ لا يصح أن يتملكه بالتضمين كالتالف. قال في « التلخيص » : ولا يجبر المالك على أخذها ، ولا يصح الإبراء منها ، ولا يتعلق الحق بالبدل ، فلا ينتقل الى الذمة ، ولهذا يثبت جواز الأخذ دفعاً للضرر ، فتوقف على خيرته ، (فمتى قدر) غاصب على آبق ونحوه ؛ (رده) وجوباً بنمائه المتصل والمنفصل ؛ لأنه تابع للأصل ، (وأخذها) ؛ اي : أخذ الغاصب القيمة بعينها إن بقيت ؛ لزوال الحيلولة التي وجبت لأجلها (بزيادتها المتصلة) فقط من سمن ونحوه ؛ لأنها تتبع في الفسوخ ، ولا يرد مع القيمة زيادتها (المنفصلة) كالولد والثمرة بلا نزاع . قال في « الإنصاف » [؛ لأنها] وجدت في ملكه ، ولا تتبع في الفسوخ ، فأشبهت زيادة المبيع المردود بعيب . قال المجد : وعندي أن هذا لا يتصور ؛ لأن الشجر والحيوان لا يكون أبداً نفس القيمة الواجبة ، بل بدلا عنها ، وإذا رجع المغصوب ؛ رد القيمة لا بدلها ولا ثمراته ؛ كمن باع سلعته بدراهم ثم أخذ عنها ذهباً أو سلعة، ثم رد المعيب بالبيع ؛ فإنه يرجع بدراهم لا ببدلها انتهى . قال في «شرح المنتهى» : وهو كما قال البهوتي في شرحيه ، ويفرق بينهما بأن الثمن ثبت في الذمة دراهم ، فاذا عوضه عنها شيئاً ؛ فهو عقد آخر ، وأما هنا فالقيمة لم تثبت في الذمة كما تقدم عن صاحب

التلخيص ، فما دفعه ابتداء هو القيمة سواء كان من النقدين أو غيرهما ، (أو) يأخذ (بدلها) - اي : القيمة - (إن تلفت أو بيعت) وهو مثلها إن كانت مثلية، او قيمتها إن كانت متقومة ، (وليس له) - اي : الغاصب - (حبس مغصوب) عاد اليه بعد أداء قيمته (لدفعها) - اي : القيمة - (ولا حبس مبيع فاسد على رد ثمنه ، بل يدفعان) - اي : المغصوب وقيمته أو المبيع بيعاً فاسداً وثمنه (لعدل) ينصبه الحاكم، (يسلم لكل) منهما (ماله) قطعاً للنزاع ؛ لما تقدم في البيع .

(و) يجب (في عصير تخمر) عند غاصب (مثله) ؛ لصيرورته في حكم التالف ؛ لذهاب ماليته بتخميره ، (ومتى انقلب) عصير تخمر (خلًا) بيد غاصب ؛ (رده) الغاصب ، (ورد أرش نقصه) إن نقصت قيمته ، خلا عن قيمته عصيراً ؛ لحصول النقص بيده ،وكتلف جزء منه ؛ (كما لو نقص بلا تخمر) بأن صار ابتداء خلًا ، وكغصب شابة فتهرم ، (واسترجع) الغاصب إذا رد الخل وأرش نقص العصير (البدل) ، وهو مثل العصير الذي دفعه لمالكه ؛ للحيلولة ؛ كما لو أدى قيمة الآبق ، ثم قدر عليه ، ورده الى ربه . وإن نقصت قيمة عصير أو زيت غلاه غاصب بغليانه ؛ فعليه أرش نقصه . وإن غصب رطلين عصيراً مثلًا ،فغلاهما ، فذهب رطل،وزادت قيمة الرطل الباقي ،فصارت تساوي قيمة رطلين قبل الغلي ؛ لم يلزمه ضمان مانقص من العصير ؛ لأن الذاهب من العصير بغليانه هو الماء ؛لأن النار تذهب مائيته، وتجمع حلاوته ، والماء لا قيمة له ، بخلاف ما لو غصب رطلي زيت قيمتها عشرة دراهم مثلًا ، فغلاهما، فذهب رطل ، وبقي رطل قيمته عشرة دراهم ، فانه يلزمه رد مثل ما ذهب ؛ لأن الزيت لا ماء فيه ، فالذاهب جزء منه ،والنار لا تعقد أجزاءه ، بل تتلفها ؛ فيلزمه ضمان ذلك ؛ كما لو أوقده في المصباح ، والزيادة زيادة سعر .

(وما صحت إجارته) ؛ بأن [كان له منفعة تصح اجارتها ، (وأوجر

غالباً) بأن] جرت العادة بإجاره (من مغصوب ومقبوض بعقد فاسد) كرقيق ودواب وسفن وعقار ؛ (فعلى غاصب وقابض) بعقد فاسد (أجرة مثله مدة مقامه بيده) . هذا المذهب ، وعليه جماهير الأصحاب ، ونص عليه في قضايا كثيرة . وجزم به في « الوجيز » وغيره ، فتضمن منافعه بالفوات والتفويت ؛ أي : سواء استوفى المنافع أو تركها تذهب ؛ لأن كل ماضمنه بالإتلاف في العقد الفاسد ؛ جاز أن يضمنه بمجرد التلف ؛ كالأعيان ، ولان المنفعة مال متقوم ، فوجب ضمانه كالعين ، ومن لم يوجب الاجر على الغاصب ؛ احتج بحديث : « الخراج بالضمان » . ولا ضمان على الغاصب ؛ لانه استوفى منفعة بغير عقد ، ولا شبهة ملك ، أشبه ما لو زنى بامرأة مطاوعة ، والجواب بأن كل ما ضمنه بالإتلاف في العقد الفاسد جاز أن يضمنه بمجرد الإتلاف ؛ كالاعيان ، ولانه اتلف متقوماً ؛ فوجب ضمانه كالاعيان ، أو يقال مال متقوم مغصوب ؛ فوجب كالعين ، وأما الخبر فوارد في البيع ، ولا يدخل فيه الغاصب ؛ لأنه لا يجوز له الانتفاع بالمغصوب إجماعاً ، ولا يشبه الزنا ؛ فانها رضيت باتلاف منافعها بغير عوض — ولا عقد يقتضي العوض — فكان بمنزلة من أعاره داره ، ولو أكرهها عليه ؛ لزمه مهرها . ولو غصب جارية ولم يطأها ومضى عليها زمن يمكن الوطء فيه لم يضمن مهرها ؛ لان منافع البضع لا تتلف بلا استيفاء ، بخلاف غيرها ، ولانها لا تقدر بزمن ، فيتلفها مضى الزمان ، بخلاف المنفعة . (ومع عجز) غاصب (عن رد) مغصوب تصح إجارته ؛ كعبد أبق ، وجمل شرد ؛ فعليه أجرته (الى) وقت (أداء قيمته) فقط ، فان قدر الغاصب على المغصوب بعد عجزه عنه ؛ لزمه رده لمالك كما تقدم ، وكذا مقبوض بعقد فاسد ، ولا أجرة له على غاصب وقابض من حين دفع بدله الى ربه ؛ لان مالكه بأخذ قيمته استحق الانتفاع ببدله الذي هو قيمته ، فلا يستحق الانتفاع به وببدله . ومنافع المقبوض بعقد فاسد يجب الضمان في صحيحه كبيع وإجارة ؛ كمنافع المغصوب ؛

يضمنها قابضها بالفوات والتفويت ، سواء استوفى المنافع أو تركها تذهب ؛ لما تقدم ، بخلاف عقود الامانات كالوكالة والوديعة والمضاربة ، وعقود التبرعات كالهبة والوصية والصدقة ؛ فلا ضمان في صحيحها ، ولهذا يرجع من غرم بسبب ذلك شيئاً بما غرمه ، (ومع تلف) مغصوب أو مقبوض بعقد فاسد ؛ فالواجب على قابضه أجرة مثله (اليه) – أي : الى تلفه – لأنه بعده لا منفعة له تضمن ؛ كما لو أتلف بلا غصب أو قبض . ويقبل قول غاصب وقابض في تلفه ، فيطالبه مالكه ببدله .

(ويقبل قوله) – أي : الغاصب والقابض بعقد فاسد (في وقته) – أي : التلف – لتسقط عنه الاجرة من ذلك الوقت بيمينه ؛ لأنه منكر ، (و) يقبل قوله (في تلفه) – أي : المغصوب – (ليطالب) متلفه (ببدله) ان كان مثلياً ، وبقيمته ان كان متقوماً . (وإلا) تصح اجارة المغصوب ؛ أي : لم تجر عادة بإجارته غالباً ؛ (فلا) تلزم غاصبه ولا قابضه أجرة (كغنم وشجر وطير) ، ولو قصد صوته (ونحوها) كشمع ومطعوم ومشروب (مما لا منفع له يستحق بها عوض) غالباً ، فلا يرد صحة إجارة غنم لدياس زرع وشجر لنشر ونحوه ؛ لندرته .

(ويلزم) غاصباً وقابضاً بعقد فاسد (في قن ذي صنائع) ؛ أي : يحسن صنائع ؛ إذ لو كان غير محسن صنعة ؛ لم يلزم قابضه أجرة صنعة مقدرة – ولو حبسه مدة يمكنه فيها تعلم صنعة – لأنه غير محقق (أجرة أعلاها) – أي : الصنائع – (فقط) مدة إقامته عنده ؛ لأنه لا يمكن الانتفاع في صنعتين معاً في آن واحد ، ولأن غاية ما يحصل لسيده به من النفع أن يستعمله في أعلى ما يحسنه من الصنائع .

(تنبيه : لا قصاص في مال كشق ثوبه ونحوه) ككسر إناء ، بل الضمان بالبدل والأرش ، على ما تقدم تفصيله على الصحيح من المذهب وعليه الأصحاب .

(واختار الشيخ) تقي الدين (وجمع) منهم: اسماعيل ، وموسى بن سعيد ، والشالنجي وابن أبي موسى أنه (يخير) في ذلك ، ويأتي هل يقتص من اللطمة ونحوهـــا في باب القصاص .

فائدة : لو غصب جماعة مشاعاً بين جماعة كعقار، فرد أحد الغاصبين سهم واحد من المالكين اليه ؛ لم يجز له الانفراد بالمردود ، وكذا لو صالحوه عنه بمـال ؛ فليس له الانفراد به . نقله حرب ، وقال في « الفروع » : ويتوجه أنه كبيـع المشاع انتهى ؛ أي : فيصح ويطيب له المال ، وهو ظاهر ، ولعل رواية حرب فيما اذا صالحوه عن سهم معين ، وكذا لو كان الغاصب لحصصهم واحداً. ويصح غصب المشاع ، فلو كانت أرض أو دار لاثنين في يدهما ، فنزل الغاصب في الارض أو الدار ، فأخرج أحدهما ، وبقي الآخر معه على ما كان مع المخرج ؛ فإنه لا يكون غاصباً إلا نصيب المخرج ، حتى لو استغلا الملك أو انتفعا به ؛ لم يلزم الباقي منهما لشريكه المخرج شيء ، وكذا لو كان عبداً لاثنين كف الغاصب يد أحدهمـا عنه ، ونزل في التسلط عليه موضعه مع اقرار الآخر على ما كان عليه حتى لو باعاه ؛ بطل بيـع الغاصب للنصف ، وصح بيـع الآخر كنصفه . قاله المجد في شرحه .

تتمة : وإن غصب أثماناً لا مؤنة لحملها ، فطالبه المالك في غير بلد الغصب ؛ وجب على الغاصب ردها الى مالكهـا ؛ لعدم الضرر ، وإن كان المغصوب من المتقومات كالثياب والعبيد ، وطالب به مالكه في غير بلد الغصب ؛ للحيلولة ، وإن كان المغصوب من المثليات ولحمله مؤنة ، وقيمته في بلد الغصب وبلد الطلب واحدة ، أو هي أقل في بلد الطلب ؛ فللمالك مطالبته بمثله ؛ للحيلولة ، مع أنه لا ضرر عليه ، ولمن كانت قيمته ببلد الطلب أكثر منها ببلد الغصب ؛ فليس للمالك المثل ؛ لما فيه من ضرر الغاصب ، وله المطالبة بقيمته في بلد الغصب ؛ لأنه لا ضرر فيها على الغاصب ، وفي جميع ذلك متى قدر الغاصب على المغصوب أو

قدر على المثل في بلد الغصب ؛ رده للمالك ؛ لأنه الواجب ، وأخذ الغاصب القيمة؛ لأنها إنما وجبت للحيلولة . وقد زالت .

(فصل وحرم تصرف غاصب) وغيره ممن علم الحال (في مغصوب بما ليس له حكم من صحة وفساد) ؛ أي : لا يتصف بأحدهما (كإتلاف) المغصوب (واستعماله) كأكله ولبسه ونحوهما كركوبه وحمل عليه واستخدامه وذبحه . ولا يحرم المذبوح بذلك ، وكسكنى العقار ؛ لحديث : « إن أموالكم وأعراضكم عليكم حرام » .

(وكذا) يحرم تصرف غاصب وغيره في مغصوب (بما له حكم) ؛ بأن يوصف تارة بالصحة وتارة بالفساد ؛ (كعبادة) ؛ بأن يتوضأ بالماء المغصوب ، أو يتيمم بالتراب المغصوب أو في البقعة المغصوبة ، أو يخرج الزكاة من المال المغصوب ، أو يحج منه ونحو ذلك ، بخلاف نحو صوم وذكر واعتقاد ؛ فلا مدخل له فيه ، (وكعقد) كما لو باع المغصوب ، أو أجره ، أو أعاره ، أو نكح الغاصب ، أو انكح الأمة المغصوبة ، أو عتق العبد المغصوب ، أو وقف الشقص المغصوب . (ولا يصحان) ــ أي : عبادة الغاصب على الوجه المذكور ولا عقده ــ فيكونان باطلين ؛ لحديث : « من عمل عملا ليس عليه أمرنا فهو رد » . أي : مردود .

(وإن اتجر) غاصب (بعين مغصوب) ؛ بأن كان دنانير أو دراهم ، فاتجر بها ، (أو) اتجر بعين (ثمنه) ؛ بأن غصب عبداً ، فباعه واتجر بثمنه ، وظهر ربح وهو باق ؛ (فالربح وما اشتراه) الغاصب من السلع لمالك المغصوب ، وهذا الصحيح من المذهب ، ونص عليه ، ونقله الجماعة ، وعليه الأصحاب . قال الموفق والشارح : قال أصحابنا : الربح للمالك والسلع المشتراة له ، وجزم به في «الوجيز » وغيره ، وهو من مفردات المذهب ، واحتج احمد بخبر عروة بن الجعد . وهذا حيث تعذر رد المغصوب الى مالكه ، ورد الثمن الى المشتري ،

ونقل حرب في خبر عروة انما جاز ؛ لأن النبي صلى الله عليه وسلم جوزه له ، وحيث تعين جعل الربح للغاصب أو المغصوب منه ، فجعله للمالك أولى ؛ لأنه في مقابلة نفع ماله الذي فاته بمنعه .

(ولو) كان الشراء بثمن (في ذمته بنية نقده) الثمن من المغصوب أو من ثمنه ؛ (ثم نقده) منه ؛ فيكون الربح (لمالك) المغصوب أيضاً ، والعقد صحيح على المذهب ، والإقباض فاسد بمعنى انه غير مبرىء ، وصحة العقد نص عليه احمد في رواية المروذي ، ومع ذلك الربح للمالك على الصحيح من المذهب ؛ لقول ابن عمر: إدفع اليه دراهمه بنتاجها ، ولم يستفصل عن عين ولا ذمة . قال الحارثي : وهذا القول يستلزم سلامة العقد للمالك ، وقال في «المحرر» و «الوجيز» و «المنور» : إذ اشترى في ذمته بنية نقدها ؛ فالربح للمالك ؛ لأنه نماء ملكه ؛ أشبه ما لو اشتراه بعينه ، وفي «المبدع» تصرفات الغاصب صحيحة (حيث تعذر رد مغصوب له) - أي: المالك - (و) رد (ثمن لمشتر) كأن جهل دفع له ، أو تلف هو ، أما اذا كانت عين الغصب باقية ، وأمكن ردها ؛فصريح كلامهم في مواضع وجوب ردها وتوابعها ، ويأخذ المعتاض ما دفع الى الغاصب ؛ وقد تقدم في قول المصنف : ويسترد مشتر ومستأجر لم يقرا بالملك ما دفعاه من المسمى ، وعلم منه أن الربح للمالك .

(ولو قلنا ببطلان التصرف) فيما أدركه المالك باقياً ، وأما ما لم يدركه فوجه تصحيحه أن الغاصب تطول مدته ، وتكثر تصرفاته ففي القضاء ببطلانها ضرر كثير ، وربما عاد الى الضرر على المالك إذ الحكم بصحتها يقتضي كون الربح للمالك والعوض بنمائه وزيادته ، والحكم ببطلانها يمنع ذلك ، وأما شراء الغاصب شيئاً في ذمته من غير نية نقده منه وربح ؛ فالربح للغاصب ، خلافاً لما في «الإقناع» ، والقبض غير مبرىء لفساده ، وإن دفع المال المغصوب الى من يضارب به ؛ فالحكم بالربح على ما ذكرنا ، وليس على المالك من أجر العامل شيء ؛ لأنه

لم يأذن له في العمل في ماله ، وإن كان المضارب عالماً بالغصب فلا أجر له ؛ لأنه متعد بالعمل، ولم يغره أحد ، وإن لم يعلم فعلى الغاصب أجر مثله ؛ لأنه استعمله عملا بعوض لم يحصل له ، فلزمه أجره كالعقد الفاسد .

(وكذا) الحكم (لو اتجر مودع في الوديعة) ؛ فالربح لمالك على الصحيح من المذهب ، ونص عليه في رواية الجماعة . (وإن اختلفا) - أي : الغاصب والمالك - (في قيمة مغصوب) تلف بأن قال الغاصب : قيمته عشرة ، وقال المالك إثنا عشر ؛ فقول الغاصب ؛ لأنه غارم، (أو) اختلفا في (قدره) - أي : المغصوب - (أو) في (حدوث عيبه ، أو) اختلفا في (صناعة فيه) ؛ بأن قال المالك : كان كاتباً ، وأنكره غاصب ، أو اختلفا في (ملك ثوب) على مغصوب ، (أو) اختلفا في ملك (سرج عليه) ؛ فالقول (قول غاصب) بيمينه حيث لا بينة للمالك ؛ لأنه منكر ، والأصل براءته من الزائد ، وعدم الصناعة فيه ، وعدم ملك الثوب أو السرج عليه ، وإن اختلفا (في رده) ، فقال الغاصب : رددته ، وأنكره المالك ؛ فقول المالك ؛ لأن الأصل معه ، (أو) اختلفا في وجود (عيب فيه) - أي : المغصوب - حال كونه (تالفاً) ؛ بأن قال الغاصب بعد تلف المغصوب : كان فيه حين غصبته سلعة أو أصبع زائدة ، وأنكره مالك ، وكذلك دعواه أنه كان أعور أو أعرج أو يبول في الفراش ونحو ذلك (كطرش) - بفتحتين - أهون الصمم ، ويقال هو مولد ، أو أعمى ؛ (فقول مالك) بيمينه على نفي ذلك ؛ لأن الأصل السلامة ، وإن اختلفا بعد زيادة قيمة المغصوب في وقت الزيادة ، فقال المالك : زادت قبل تلفه ، وقال الغاصب : بعد تلفه ؛ فالقول قول الغاصب ؛ لأن الأصل براءة ذمته ، وان شاهدت البينة العبد معيباً عند الغاصب ، وقال المالك : تعيب عندك ، وقال الغاصب : بل كان العيب فيه قبل غصبه ؛ فقول الغاصب بيمينه ؛ لأنه غارم ، والظاهر أن صفة العبد لم تتغير ، وإن اتفقا على أنه كان به عيب ، وادعى كل منهما حدوثه عند الآخر ؛ فقول غاصب بيمينه .

(ومن بيده نحو غصوب) لا يعرف أربابهـا ، ونقل الأثرم وغيره أو عرف ربها ، وشق دفعه اليه وهو يسير كحبة ، أو كان بيده (رهون) لا يعرف أربابها ، ونقل أبو الحارث : أو علم المرتهن رب المال ، لكنه أيس منه (أو) بيده (أمانات) من ودائع وغيرها (لا يعرف أربابها) أو لحرفهم وفقدوا وليس لهم ورثة ، (فسلمها) — أي : الغصوب أو الرهون أو الامانات التي لا يعرف أربابها — (الى حاكم ، ويلزمه) — أي : الحاكم — (قبولها ؛ برىء) بتسليمها للحاكم (من عهدتها) بلا نزاع ؛ لأن قبض الحاكم لها قائم مقام قبض أربابها لها ؛ لقيامه مقامهم .

(وله) — أي: من بيده الغصوب ونحوها إن لم يدفعها للحاكم — (الصدقة بها منهم) — أي : عن أربابها بلا إذن حاكم — لأن المال يراد لمصلحة المعاش أو المعاد ، ومصلحة المعاد أولى المصلحتين ، وقد تعينت هنـا ؛ لتعذر الاخرى . ونقل المروذي : يعجبني الصدقة بها. قال الشيخ تقي الدين : اذا كان بيد الإنسان غصوب أو عواري أو ودائع أو رهون قد يئس من معرفة أصحابها؛ فالصواب أنه يتصدق بها عنهم ، فإن حبس المال دائماً لمن لا يرجى لا فائدة فيــه ، بل هو تعريض لهلاك المال واستيلاء الظلمة عليه ، وكان عبد الله بن مسعود قد اشترى جارية ، فدخل بيته ليأتي بالثمن فخرج فلم يجد البائع فجعل يطوف على المساكين ويتصدق عليهـم بالثمن ، ويقول : اللهم عن رب الجـارية . وكذلك أفتى بعض التابعين ، من غل من الغنيمة ، وتاب بعد تفرقهم أن يتصدق بذلك عنهم ، ورضي بهذه الفتيا أصحابه والتابعون الذين بلغهم كمعاوية وغيره من أهل الشام . والحـاصل أن المجهول في الشريعة كالمعدوم ، فإن الله سبحانه وتعالى قال : « لا يكلف الله نفساً إلا وسعها »[1]. وقال تعـالى : « فاتقوا الله ما استطعتم »[2]. وقال صلى الله عليـه وسلم : « اذا أمرتكم بأمر فأتوا منه ما

---

(١) سورة البقرة ، الآية : ٢٨٦

(٢) سورة التغابن ، الآية : ١٦

استطعتم » فالله اذا أمرنا بأمر كان ذلك مشروطاً بالقدرة عليه ، والتمكن من العمل به ، فما عجزنا عن معرفته والعمل به سقط عنا. انتهى. وقال (في « الغنية » يجب عليه ذلك) ـ أي : التصدق بها. (ويتجـه حمله) ـ أي: لزوم التصدق ـ (مع عدم حاكم أهل) للائتمان كحكامنا الآن ، فإن وجد حاكم أهل وهو أندر من الكبريت الأحمر ، فلا يلزمـه التصدق بها ، بل يكون مخيراً بين دفعها اليه ليبرأ من عهدتها وبين الصدقة بها . وهو متجه [1] . (بشرط ضمانها) لأربابها اذا عرفهم ؛ لأن الصدقة بدون الضمان إضاعة لمال المالك . لا على وجـه بدل ، وهو غـير جائز ، وله شراء عرض بنقـد ، ويتصدق بـه ، ولا يجوز في ذلك محاباة قريب أو غيره. نص عليها، و كذا حكم مسروق ونحوه ؛(كلقطة) حرم التقاطها، ولم يعرفها ، فيتصدق بها عن ربها بشرط الضمان ، أو يدفعهـا للحاكم الأهل كما تقدم ، واذا أنفقت كانت لمن يأخذ بالحق مباحة ؛ كما أنهـا على من يأكلها بالباطل محرمة ، وبكل حال ترك الأخذ أجود من القبول ، واذا صح الاخذ كان أفضل ، أعني الاخذ والصرف الى المحتاجين من الناس إلا اذا كان من المفاسد فهنا الترك أولى .

(ويسقط عنه) ـ أي : الغاصب والسارق ونحوه ـ (إثم الغصب) او السرقة ونحوها؛ لأنه معذور بعجزه عن الرد ؛ لجهله بالمالك وثوابهـا لاربابها ، وفي الصدقة بهـا عنهم جمع بين مصلحة الغاصب بتبرئة ذمته ومصلحة المالك بتحصيل الثواب له ، ونقل ابن هانيء : يتصدق أو يشتري به كراعاً او سلاحاً [يوقف هو مصلحة المسلمين . وسأله جعفر عمن بيده أرض أو كرم ليس] أصله طيباً ولا يعرف ربه . قال يوقفه على المساكين ، وسأله المروذي عمن مات ، وكان يدخل في أمور تكره ، فيريد بعض ولده التنزه ، فقال : اذا وقفها على

---

(١) أقول: ذكره الجراعي وأقره ، ولم أر من صرح به . وهو ظاهر ، ويتخصص به كلام الغنية ، ويحصل الجمع بينه وبين كلام الاصحاب ، فتأمل . انتهى .

المساكين ، فأي شيء بقي عليه ؟ واستحسن أن يوقفها على المساكين ، ويتوجه على أفضل البر. قال (ابن رجب وعليه) ـ أي : على هـذا الاصل ـ وهو قوله : ومن بيده نحو غصوب أو أمانات الى آخره ـ (يتخرج جواز اخذ الفقراء الصدقة من يد [من] ماله حرام؛ كقطاع الطريق). وأفتى القاضي بجوازه .

ويتجـــه جواز الاخذ من يد [من] ماله حرام ـ (ولو بغير صدقة) ـ كالاخذ على وجه الشراء منه (والهبة) حيث جهل حاله؛ لأن الاصل فيما بيد المسلم أنه ملكه ، ثم إن كانت الدراهم في نفس الامر قد غصبها هو، ولم يعلم القابض كان جاهلا بذلك ، والمجهول كالمعدوم. قاله الشيخ تقي الدين .

ويتجـــه (أن مثله) ـ أي : المذكور ـ من المال الحرام (كل مال جهل اربابه ، وصار مرجعه لبيت المـال كالمكوس) والغصوب والخيانات والسرقة المجهول أربابها ؛ فيجوز للفقراء أخذهـا صدقة ، ويجوز أخذها لهم ولغيرهم هبة وشراء ووفاء عن أجرة ، سيما إن أعطاها الغاصب لمن لا يعلم حالها ؛ كأن قبضه لهـــا بحق ؛ لان الله لم يكلفه ما لم يعلم . قاله الشيخ تقي الدين ، وهو متجه [1] .

---

(١) أقول : قول المصنف : ويتجه وبغير صدقة كشراء وهبة ، ذكره الجراعي ، وأقره ، ولم أر من صرح به وتكلف شيخنا لحل لاتجاه ظاهر ليوافق كلام الاصحاب ، والظاهر أن المراد حيث جهلت أربابه ، وقد صرحوا بأن من بيده نحو غصوب يجوز له بيعها ، فحيث جاز البيع جاز الشراء ، فما ذكره المصنف منه فيما يظهر ، والهبة نوع من الصدقة لكن حيث كانت لمن له استحقاق في بيت المال فظاهر ، وأما لغيره فمشكل . وقد يؤيد بحث المصنف الأول بما ذكروه في باب الوليمة من أنه يجوز مع الكراهـــة الاكل والمعاملة وقبول الهدية ونحوها ممن ماله حرام،وإن كثر ، وقول المصنف وإن النح ظاهر أيضاً قياساً على ما سبق ؛ إذ لافرق فيما يظهر ، وذكره الجراعي ، وأقره ، وقد قال الشيخ تقي الدين كما نقله في حاشية ابن عوض على الدليل عن الحفيد : أن المكوس اذا أقطعها الامام الجند ؛ فهي حلال لهم إذا جهل مستحقها ، وكذا إذا رتبها للفقهاء وأهـــل العلم . انتهى . ففيه ماذكره المصنف ، ويؤخذ منه بحثه الاول ، فتأمل . انتهى .

(وليس له) - اي : لمن بيده الغصوب والرهون والامانات المجهول أربابها - (التوسع بشيء منها وإن كان فقيراً) من أهل الصدقة . نص عليه. (فان عرف أربابها) - وكان قد تصدق بها الغاصب ونحوه - خيروا بين الأجر والاخذ من المتصدق ، فان اختاروا الاجر ، (وجازوا الصدقة فالثواب لهم)؛ لترتبه على ملكهم ، وإلا يجيزوها واغرموا ثمنها لمن تصدق بها ، فالثواب (لغارم) عما تصدق به ، وعلم منه انه ليس للمالك اذا عرف رد ما فعله من كانت الغصوب ونحوها بيده بما تقدم؛ لثبوت الولاية له شرعاً.

(ويتصدق) مديون (بديون عليه جهل أربابها ببلده) التي استدان من أهلها (نصاً). قال ابن رجب : [الديون المستحقة كالاعيان] يتصدق بها عن مستحقيها، ونصه في رواية صالح : من كانت عنده ودائع ، فوكل في دفعها ثم مات ، وجهل ربها، وأيس من الاطلاع عليه يتصدق بها الوكيل وورثة الموكل في البلد الذي كان صاحبها فيه حيث يرون أنه كان ، وهم ضامنون اذا ظهر له وارث ، واعتبار الصدقة في موضع الملك مع الجهل به ، وقد نص على مثله في الغصب وفي مال الشبهة ، واحتج بأن عمر جعل الدية على أهل القرية اذا جهل القاتل، ووجه الحجة منه ان الغرم إنما اختص بأهل المكان الذي فيه الجاني؛ لان الظاهر أن الجاني أو عاقلة المختصين بالغرم لا يخلو المكان عنهم ، فكذلك الصدقة بالمال المجهول مالكه ينبغي أن يختص بأهل مكانه ؛ لانه أقرب الى وصول المال اليه إن كان موجوداً ، أو الى ورثته ،ويراعى في ذلك الفقراء ، لأنها صدقة ، كما يراعى في وضع الدية الفتى. ونص في رواية أبي طالب فيمن عليه دين لرجل ومات وعليه ديون للناس: يقضى عنه دينه بالدين الذي عليه أنه يبرأ باطناً، واذا أراد من بيده عين جهل مالكها أن يتملكها، ويتصدق بقيمتها عن مالكها، فنقل صالح عن أبيه الجواز فيمن اشترى آجراً وعلم أن البائع باعه ما لا يملك ولا يعرف له أرباب: أرجو ان أخرج قيمة الآجر فتصدق به أن ينجو من إثمه .

(ومن لم يقدر على مباح) ؛ بأن عدم المباح (لم يأكل من حرام ما) ـ اي: شيئاً ـ (له غنية عنه ؛ كحلوى وفاكهة) . قاله النووي : واقتصر عليه في «الفروع» (ويأكل عادته) ؛ إذ لا مبيح للزيادة عما تندفع به حاجته .

(ومن نوى جحد ما بيده من ذلك) ـ اي: من الغصوب والأمانات وما في معناها ـ (أو) نوي جحد (حق) ـ أي: دين ـ (عليه في حياة ربه ؛ فثوابه له) ؛ لان نية جحده قائمة مقام إتلافه إذن ، فكأنه لم ينتقل لورثة ربه بموته ، فكان ثوابه له ، (وإلا) ينو جحده حتى مات ربه فثوابه (لورثته). نقله ابن الحكم لأنه إنما عدم عليهم .

(ولو ندم) غاصب على ما فعله وقد مات المغصوب منه ، (ورد ما غصبه على الورثة بریء من إثمه) ؛ أي : إثم المال المغصوب ؛ لوصوله للمستحق ، ولا يبرأ (من إثم الغصب) ، بل يبقى عليه إثم ما أدخل على قلب مالكه من ألم الغصب ومضرة المنع منه مدة حياته ، (فيفتقر لتوبة) ؛ إذ لا يزول إثم ذلك الا بها ، هذا معنى كلام ابن عقيل. وذكر أبو يعلي الصغير : أن بالضمان والقضاء بلا توبة يزول حق الآدمي ، ويبقى مجرد حق الله تعالى . وذكر المجد فيمن ادان على أن يؤديه ، فيعجز لا يطالب به في الدنيا ولا في الآخرة ، وقاله أبو يعلي الصغير فيما يقتضي أنه محل وفاق .

(ولو رده) ـ أي : المال المغصوب ونحوه (ورثة غاصب) بعد موته وموت مالكه (لورثة مغصوب منه ؛ فله) ـ أي : المغصوب منه ونحوه (مطالبته) ـ أي : الغاصب ونحوه ـ (في الآخرة) نصاً ؛ لأن المظالم لو انتقلت لما استقر لمظلوم حق في الآخرة ، ولأنها ظلامة عليه قد مات ، ولم يتحلل منها برد ولا تبرئة ، فلم تسقط عنه برد غيره لها الى غير المظلوم ، أشبه ما لو ورث الغاصب المغصوب منه ، فتصدقوا بالغصب على أجنبي .

(فرع: يجب) على غاصب (بلا عذر) يمنعه من الرد؛ كخوفه على نفسه أو ما بيده من مغصوب وغيره إن أظهر ذلك يؤخذ منه أو يعاقب (رد مغصوب

فوراً) من غير تراخ ؛ لأنه يأثم باستدامته تحت يده؛ لحيلولته بينه وبين ربه ، (فلا تصح توبته) — أي : الغاصب — (بدونه) — أي : الرد — إذ توبته مع بقائه تحت يده وجودها كعدمها .

(ولو ألقى نحو ريح) كطائر (ثوب غيره بداره) ؛ لزم حفظه ؛ لأنه أمانة بيده الى أن يرده الى ربه ، فإن عرف رب الدار صاحب الثوب (أعلمه به فوراً) من غير تراخ ، (وإلا) يعلمه فوراً وتلف الثوب ؛ (ضمنه) رب الدار إن مضى زمن يتأتى فيه إعلامه ؛ لأنه لم يستحفظه ، (فإن لم يعرفه) — أي : رب الدار صاحب الثوب — فهو (لقطة) تجري فيه أحكامها على ما يأتي ،(وكذا) حكم (طائر) ألقته ريح أو طفل أو مجنون بداره،وهو (غيرممتنع)؛ كمقصوص الجناح لا يقدر على الفرار من قاصده؛ يجب إعلام ربه به ، فإن لم يعلمه حتى تلف ضمنه ان عرف ربه ، وإن لم يعرفه فلقطة ، وإن كان ممتنعاً لم يلزمه حفظه ولا إعلام صاحبه به ؛ لأنه لم يزل ممتنعاً .

تتمة : وإن دخل طير مملوك برجه فأغلق عليه الباب ناوياً إمساكه لنفسه؛ ضمنه ؛ لتعديه ، وان لم يغلق عليه أو أغلقه غير ناو إمساكه لنفسه ؛ بأن لم يعلم به ، أو نوى إمساكه لربه ؛ فلا ضمان عليه ؛ لعدم تعديه ، وهو في الأخيرة محسن ، لكن عليه إعلامه فوراً إن علمه كما سبق .

(فصل : فيما يضمن) به من المال (بلا غصب: من أتلف) من مكلف أو غيره إن لم يدفعه ربه إليه — ولو كان الإتلاف(سهواً) أو خطأ — (مالا محترماً لغيره) — أي: المتلف — (بلا إذن ربه ، ومثله) — أي : المتلف — (يضمنه؛ ضمنه) ؛أي : ضمن المتلف ما أتلفه . قال في الشرح : لا نعلم في ذلك خلافاً ؛ لأنه فوت عليه ، فوجب عليه ضمانه كما لو غصبه فتلف عنده ، واحترز بالمال عن السرجين النجس والكلب ونحوهما ، وبالمحترم عن الصليب وآلات اللهو كالمزمار والطنبور ونحوهما ، وبقوله لغيره عما هو لنفسه ، وبقوله بلا إذن ربه عما أذن

مالكه المطلق التصرف في إتلافه ، فإن المتلف حينئذ يكون وكيلاً عن مالكه في الإتلاف ، وبقوله ومثله يضمنه، عما يتلفه أهل العــــدل من مال أهل البغي وعكسه حال الحرب ، وعما يتلف المسلم من مال الحربي والحربي من مال المسلم، وعما يتلفه الصغير والمجنون من مال دفعه اليهما مالكه ، وعما يتلفه الآدمي من مال ولده وما يتلفه دفعاً عن نفسه كما لو صال عليه رفيق أو بهيمة لمعصوم.(وإن أكره) إنسان على إتلاف مال غيره المضمون ؛ (فمكرهه) يضمنه .

(ولو) أكره (على إتلاف مــــال نفسه)– أي: مال المتلف – ضمنه المكره أيضاً؛ كما كراهه على دفع الوديعة إلى غير ربها ؛ لأن الإتلاف من المكره، وأما المكره فهو كالآلة ولإباحة إتلافه ووجوبه ، بخلاف قتل ولم يختره؛فيضمنه؛ لمباشرته ما فيه إبقاء نفسه ، وبخلاف مضطر فإنه يأكل ما اضطر اليه باختياره، ويضمن ؛ لأن المضطر لم يلجئه إلى الإتلاف من يحال الضمان عليه ، ولا يضمن ما أتلفه إن كان(غير مال ؛ ككلب) ؛ ولو لماشية أو صيد، أو أتلف مال نفسه باختياره ، أو أتلف مالا (بإذن ربه الرشيد) ، فلا يضمنه ؛ لأنــه وكيله في الإتلاف ، (أو أتلف غير محترم ؛ كصائل) عليه دفعاً عن نفسه – ولو آدمياً، ويأتي ، وكذا لا يضمن ما اتلف (من مرتد) قبل توبتـه حيث قبلت ، (أو حال قطعه الطريق) ، سواء كان بالعمران أو بالبريه ، ومثله متلف (مال حربي وآلة لهو) ؛ لأنهما غير محترمين ، (ولا يضمنه مثله؛ كمتلف حال قتال بغاه) ؛ لأن قتالهم مأذون فيه شرعــــاً ، (أو دفع) ماله (لغير رشيد) ؛ فلا يضمن المتلف في هذه الصور كلها ، وهذا وإن كان قد علم إجمالا مما تقدم ففيــه تنبيه على صور من غير المحترم ، (أو)؛أي:ولا يضمن ما (أتلفه أب) من مال ابنه بمعنى أنه ليس له مطالبة أبيه حال حياته، فأما بعد الموت فإنه يأخذ من تركته؛ كما يأتي في الهبة .

(ومن فتح قفصاً عن طائر) مملوك محترم ،ففات ، أو أتلف شيئاً؛ضمنه،

أو فتح أصطبل حيوان ، (أو حل قيد قن أو أسير ، أو دفع) للقن أو الأسير (مبرداً ، فبرده) ـ أي : القيد وفات ، أو أتلف شيئاً ضمنه ، (أو حل فرساً ، أو حل سفينة ، أو بهيمة غير ضارية ليلًا) لا نهاراً إذ على أرباب الأموال حفظها من الدواب بالنهار ، (ففات) ذلك ، بأن ذهب الطائر من القفص ، أو دخل إليه حيوان فقتله ، أو هرب القن أو الأسير ، أو شردت الفرس ونحوها ؛ وغرقت السفينة لعصوف ريح أولا ، أو عقر شيئاً من ذلك بسبب إطلاقه ؛ بأن كان الطير جارحاً ، فقلع عين حيوان ، وكذا لو حل سلسلة فهد ، فقتل أو عقر ؛ ضمنه . (أو أتلف) الطائر أو القن أو الفرس ونحوه (شيئاً) ؛ كأن كسر إناء ، أو قتل إنساناً ونحوه ، أو أتلف مالاً ، أو أتلفت الدابة التي حلها زرعاً أو غيره ، أو انحدرت السفينة التي حلها على شيء فأتلفته ونحوه ؛ ضمنه ؛ لأن المباشرة إنما حصلت ممن لا يمكن إحالة الحكم عليه ؛ لو كما نفر الطائر ، وأهاج الدابة وأشلى كلباً على صيد ، فقتله ، أو أطلق ناراً في متاع إنسان فإن للنار فعلًا ، لكن لما لم يمكن إحالة الحكم عليها كان وجوده كعدمه ، ولان الطائر وسائر الصيد من طبعه النفور ، وإنما يبقى بالمانع ، فإذا أزيل المانع ذهب لطبعه ، فكان الضمان على من أزال المانع ؛ كمن قطع علاقة قنديل ، فوقع ، فانكسر ، وهكذا حل قيد العبد أو الأسير . قال في « الفنون » : إلا ما كان من الطيور يألف الرواح ويعتاد العود ؛ فلا ضمان في إطلاقه ، (أو حل وكاء) - بكسر الواو — وهو حبل يربط به نحو القربة (زق)ـ بكسر الزاي ـ أي : ظرف (مائع) فاندفق ، أو حل وكاء زق (جامد ، فأذابته الشمس) ، فاندفق ؛ ضمنه ، بخلاف ما لو أذابته نار قربها إليه غيره ، فإن قياس المذهب يضمنه مقرب النار . ذكره المجد. (أو بقي) الزق (بعد حله) منتصباً ، (فألقته ريح ، أو) ألقاه (نحو طير) كحيوان أو زلزلة ، (فاندفق) ، فخرج ما فيه كله في الحال ، أو خرج قليلًا قليلًا ، أو خرج منه شيء بل أسفله ، فسقط ، فاندفق ، أو ثقل أحد جانبيه

بعد حل في وكائه ، فلم يزل يميل قليلا قليلا حتى سقط ، (أو هتك حرزاً) ، فسرق اللص ما داخله ؛ (ضمنه) لتسببه في تلف ذلك ، سواء تعقب ذلك فعله أو تراخى عنه ؛ فالقرار على السارق .

ولا يضمن (دافع مفتاح) نحو دار فيها مال (للص) ما سرقه اللص من المال ؛ لمباشرة اللص للسرقة ؛ فهو أولى بإحالة الحكم عليه من المتسبب .

(أو) ؛ أي: ولا يضمن (حابس مالك دواب ، فتلف) الدواب بسبب حبسه . قال في « المبدع » : وينبغي أن يفرق بين الحبس بحق أو غيره .

(ويتجه ضمانه) - أي : الغاصب - (لو حبسه) ؛ أي : حبس إنساناً (عن طعامه) بعد جعله على النار أو بعد وضع خبزه في التنور ، (فاحترق) الطعام أو الخبز بسبب منعه عنه . وهو متجه [1] .

(ولو بقي الطائر) الذي فتح قفصه (واقفاً ؛ أو) بقيت (الفرس) التي حلها واقفة (حتى نفرهما) إنسان (آخر) ، فذهبا ، (ويتجه) أن يكون الإنسان (قاصداً) تنفيرهما ، ولا يضمن المار إن نفرا بسبب (مروره) حيث لا صنع له في التنفير ، وهو متجه [2] . فإن نفرهما (ضمن المنفر) ؛ لأن سببه أخص ، فاختص الضمان به كدافع الواقع في البئر مع حافرها ، وكذا لو حل

---

(١) أقول : قال الجراعي : لكن لا وجه لتخصيصه بالحرق ؛ إذ لو قال فتلف لكان أشمل وأعم ، ومع ذلك فيه نظر . انتهى . قلت : لا يظهر النظر بل كلام المصنف ظاهر ؛ لأنه في مسألة الدواب ، فانها تلفت من غير مباشر ، وأما في بحث المصنف فان النار مباشرة للتلف ، فهي المتلفة ، ويتعذر تضمينها ، فضمن المتسبب على القاعدة ، فالفرق ظاهر بين التلف والإتلاف ، ولم أر من صرح به ، وهو الموافق للقواعد ، وله نظائر ، فتأمل . انتهى .

(٢) أقول: قيده الجراعي بقوله لا بمروره بما له به حق أو إذن له فيه ، فانه لا يضمن ؛ لعدم تعديه إذن . انتهى. ولم أر من صرح به وهو مفهوم قولهم فنفرهما آخر بصيغة التفصيل؛ لأنه يفيد القصد، بخلاف ما بحثه المصنف ، فانه ليس مقصوداً ، فان النفور حصل بالعرض ، فتأمله . انتهى .

انسان حيوانا ، وحرضه آخر فجنى ؛ فضمان جنايته على المحرض،(لا إن طار) الطائر الذي فتح قفصه ،(ووقف) على جدار ونحوه ، (فنفره) آخر صاحب الجدار أو غيره ، فطار ؛ لم يضمنه المنفر ؛ لأن تنفيره لم يكن سبباً لفواته ، فإنه كان ممتنعاً قبل ذلك ، وإن رماه إنسان ، فقتله ؛ ضمنه الرامي ، ولو كان في داره أو في هواء دار غيره ؛ ضمنه ؛ لأنه لا يمكن منع الطائر من الهواء .

ولو أزال إنسان يد آخر عن عبد أو حيوان ، فهرب، اذا كان الحيوان مما يذهب بزوال اليد عنه كالطير والبهائم الوحشية والبعير الشارد والعبد الآبق ، فيضمنه من أزال يد ربه عند تسببه في فواته ، وكذا لو أزال يده الحافظة لمتاعه حتى نهبه الناس ، أو أفسدته الدواب أو النار ، أو أفسده الماء فيضمنه .

وإن فتح باباً تعدياً فيجيء غيره ، فينهب المال ، أو يسرقه ، أويفسده بحرق أو غرق ؛ فلرب المال تضمين فاتح الباب ؛ لتسببه في الإضاع والقرار على الأخذ لمباشرته ، فإن ضمنه رب المال ؛ لم يرجع على أحد ، وإن ضمن الفاتح رجع على الآخذ .

(وإن ضربه) ؛ أي : ضرب إنسان يد آخر (فوقع من يده دينار) ، فضاع ؛ ضمنه الضارب ؛ لتسببه في الإضاعة ، أو ضربه ، (فأوقع عمامته) أو هزه حتى سقطت عن رأسه ، فتلفت لوقوعها في نار ونحوها ، أو سقطت في زحام بسبب هزه ونحوه ، فضاعت ؛ ضمنها الذي سقطت بفعله ؛ لتعديه . قال في شرح « الإقناع » قلت : فإن وقعت في نحو قدر ينقصها ؛ فعليه أرش النقص ، (أو أسند عموداً) أو نحوه (بجداره) المائل ليمنعه من السقوط ، (فأزاله) ـ أي: العمود ونحوه ـ (آخر) تعديا ، (فسقط الجدار في الحال ؛ ضمن) الرافع للعمود ونحوه ؛ لتعديه ، وإن حل إنسان رباط دابة عقور وجنت بعد حلها ، أو فتح اصطبلها ونحوه ؛ ضمن الحال ونحوه جنايتها ؛ لأنه السبب فيها ؛ كما لو

حل سلسلة فهد ، أو حل ساجور كلبه ، فعقر ؛ فالضمان على الحال ؛ لتسببه . والساجور خشبة تجعل في عنق الكلب . ولو فتح إنسان بثقا ـ بتقديم الموحدة ـ وهو الجسر الذي يحبس الماء ، فأفسد بمائه زرعاً أو بنياناً أو غراساً ؛ ضمن فاتح البثق ما تلف بسببه . قال في « شرح الإقناع » قلت : وعلى قياسه لو فات ربه ري شيء من الأراضي فيضمن .

(ويضمن مغر ما أخذه ظالم بإغرائه ودلالته) ؛ لتسببه فيه ، أفتى به ابن الزيزاني البغدادي ، ولعله جواب سؤال ؛ فلا يحتج بمفهومه ، وأنه يكتفي بالإغراء والدلالة ؛ لانه يصدق عليه أنه تسبب في ظلمه ؛ فهو كالذي بعده .

ويضمن (كاذب) ما غرم مكذوب عليه عند ولي الأمر (بسبب كذبه) ؛ لأنه تسبب في ظلمه ، وله الرجوع على الآخذ منه ؛ لأنه المباشر . ومثله من شكى إنساناً ظلماً ، فأغرمه شيئاً لحاكم سياسي ، كما أفتى به قاضي القضاة الشهاب ابن النجار . قال في « شرح الإقناع » : ولم يزل مشايخنا يفتون به ، بل أغرمه شيئاً لقاض ظلماً ؛ كان له الرجوع به عليه ؛ كما يعلم مما تقدم في الحجر فيما غرمه رب الدين بمطل المدين ونحوه ؛ لانه بسببه .

(ومن ربط) دابة في طريق ـ ولو واسعاً ـ (وأوقف دابة بطريق ـ ولو واسعاً) ـ ويده عليها ؛ بأن كان راكباً أو نحوه ، فأتلفت شيئاً ؛ ضمنه من ربطها ، أو أوقفها ، أو جنت بيد أو رجل أو فم ؛ ضمن رابطها وموقفها ؛ لحديث النعمان بن بشير مرفوعاً : « من أوقف دابة في سبيل من سبل المسلمين أو في سوق من أسواقهم ، فأوطأت بيد أو رجل فهو ضامن » . رواه الدار قطني . ولان طبع الدابة الجناية بفمها أو رجلها ، فإيقافها في الطريق كوضع الحجر ونصب السكين فيه ، وظاهر كلامهم أنه لا يضمن جناية ذنبها ، (أو) ربط دابة (ب) طريق (ضيق ، ورفست ضاربها) ، فمات أو تلف شيء برفسها ؛ ضمنه موقفها ، ذكره ابن عقيل في « الفنون » ، وظاهره لو كانت واسعة لا ضمان ؛ لعدم حاجته الى ضربها ،

فهو الجاني على نفسه . (أو ترك بها) ـ أي : الطريق ـ (طيناً أو خشبة أو عموداً أو حجراً) ، لا لنحو مطر ليمر عليه الناس ، (أو كيس دراهم ، أو القى) فيها (نحو قشر بطيخ) ؛ كقشور الخيار والباقلا ، فزلق به إنسان ؛ ضمنه ملقي الطين أو القشر ، (أو أسند خشبة إلى حائط) ، وظاهره « ولو مال إلى السقوط (بها) ـ أي : الطريق ـ ، (أو رشها) ، فتلف بسببه شيء من آدمي أو دابة أو غيرهما ؛ (ضمن) الملقي الشيء مما تقدم (ما تلف بذلك) ؛ لحصوله بتعديه ، لكن لو كان الرش لتسكين الغبار على المعتاد ؛ فلا ضمان ، على ما يأتي في الجنايات .

(ومن اقتنى كلباً عقوراً) بأن يكون له عادة بالعقر ، أو اقتنى [كلباً] (لا يقتني) ؛ بأن لا يكون كلب صيد ولا زرع ولا ماشية ، (أو) اقتنى كلباً (أسود بهيماً) ؛ بأن لا يكون فيه لون غير السواد ـ (ولو) كان اقتناؤه ـ (لصيد ، أو) اقتنى (أسداً أو نمراً أو ذئباً) او اقتنى (هراً تأكل الطيور ، وتقلب القدور عادة مع علمه) بحالها ، فعقرت ، او خرقت ثوباً بمنزله ؛ ضمنها مقتنيها ؛ لأنه متعد باقتنائه إذن ؛ فإن لم يكن للهر عادة بذلك ؛ لم يضمن صاحبه ما أتلفه ؛ لعدم عدوانه باقتنائه ما لا عادة له بذلك كالكلب الذي ليس بعقور اذا اقتناه لنحو صيد ولم يكن أسود بهيماً ، فإن صاحبه لا يضمن جنايته ، (أو) اقتنى (نحو دب وقرد) وأسد (وصقر وباز وكبش معلم لنطاح ، فعقر أو خرق ثوباً ، أو أتلف شيئاً ؛ [ضمنه]) لتعديه باقتنائه ، ولا فرق في ضمان إتلاف ما لا يجوز اقتناؤه مما تقدم بين الإتلاف في الليل والنهار ؛ لأنه العدوان ، بخلاف البهائم من إبل وبقر وغنم ونحوها إلا أن يخرق ثوب (من دخل منزل ربه بلا إذنه أو) دخل به ـ أي : بإذنه ـ (ونبهه) رب المنزل (بذلك) ؛ أي : بأن الكلب ونحوه عقور أو غير موثوق بنحو حبل ؛ [فلا يضمن رب المنزل ؛ لأنه إذا دخل بغير إذنه هو المتعدي بالدخول] ، وإن كان بإذنه ونبهه على أنه عقور أو غير موثوق ، فقد أدخل الضر على نفسه على بصيرة .

(ويتجه) أنه يلزمه تنبيهه (قبل رؤيته) — أي : رؤية الحيوان للداخل [وإعلامه بأن الحيوان] مفترس [ليكون] متيقظاً لدفعه عن نفسه ، وهو متجه . [1]

(ولو حصل عنده نحو كلب عقور) كقرد أو ذئب (أو سنور ضار من غير اقتناء واختيار ، فأفسد) بغير ما ذكر من عقر وخرق ثوب ؛ بأن أفسد ببول أو ولوغ في إناء ؛ لأن هذا لا يختص بالكلب العقور ؛ (لم يضمن) ؛ لأنه لم يحصل الإفساد بسببه .

(ويجوز قتل هر بأكل لحم ونحوه) كالفواسق على الصحيح من المذهب ، وقدمه في « الفروع » . وفي «الترغيب» له قتلها إذا لم تندفع إلا به كالصائل .

(ومن أجج ناراً) ؛ أي : أوقدها حتى صارت تلتهب (عادة) — أي : بلا إفراط ولا تفريط — بحيث لا تسري في العادة ، أججها (بملكه) كفي داره أو على سطحه ، (ويتجه ولو) كان ملكه (لمنفعة) الدار كملكه منفعتها (بإجارة) أو إعارة ، فتعدى ذلك الى ملك غيره ، فأتلفه ؛ لم يضمن الفاعل ؛ لأن ذلك ليس من فعله ولا تعديه ولا تفريطه . وهو متجه . وكذا لو مر في الطريق العامة ومعه نار يحملها الى أرضه وداره ، فهبت بها الريح غير متعد ، وهو محق في مروره في الطريق ؛ لأن له حقاً في المرور ، بخلاف الطريق الخاص ، (أو سقاه) ؛ أي : سقى مواتاً ، أو ملكه ، (فتعدى) ذلك السقي (لملك غيره) — أي : الفاعل — لم يضمن ؛ لأنه لم يتعد ولم يفرط .

(ولو) سرى ما أججه من النار بملكه (بطريان ريح) الى ملك غيره .

---

(١) أقول : قال الجراعي : ومراده بالرؤية الوصول إليه ، وأما اذا كان بعد الرؤية ، وكان بعيد عنه أو مربوطاً ليتحاه ، فانه لايضمن ، فاطلاقه الرؤية فيه تسامح . ولم أر من صرح به ، وهو ظاهر يؤخذ من تعليلهم ؛ لأن تنبيهه بعد الرؤية — أي الوصول — لايفيد شيئاً ، وإنما المقصود قبل ذلك ؛ ليبعد عنه ، ونحو ذلك . انتهى .

[(فأتلفه ؛ لم يضمن)] اذا كان التاجج جرت به العادة بلا إفراط ولا تفريط ، (فإن أفرط بكثرة) ؛ بأن أجج ناراً تسري عادة ؛ لكثرتها ، أو فتح ماء كثيراً يتعدى مثله ، (أو فرط بنحو نوم) كإهمال ؛ بأن ترك النار مؤججة والماء مفتوحاً ، ونام عن ذلك ، أو أهمله ؛ ضمن ؛ لتعديه أو تقصيره ، كما لو باشر اتلافه ، أو فرط ؛ بأن أججها في (وقت ريح) شديدة تحملها الى ملك غيره ؛ ضمن ؛ لتعديه ، وكذا لو أججها قرب زرب أو حصيد . ذكره الحارثي. (أو) أوقد ناراً بمكان (غصب ؛ ضمن) مطلقاً ، سواء فرط أو أسرف أولا ، وإن لم يكن للسطح سترة وبقربه زرع ونحوه والريح هابة ، أو أرسل في الماء ما يغلب ويفيض ؛ ضمن ، وإن منع من ذلك لأذى جاره؛ ضمن وان لم يسرف قال في « الإنصاف » (كما لو يبس بها) — أي بالنار التي أوقدها — (أغصان شجر غيره) ؛ ضمنها موقد النار ؛ لأن ذلك لا يكون إلا من نار كثيرة (إلا أن تكون) الأغصان (بهوائه) ؛ فلا يضمن ، لأنه لا يمنع من التصرف في ملكه .

(ويتجه) لموقد النار في ملكه أن يأمر رب الأغصان بليها عن هوائه ، فإن أمره بذلك ، (وامتنع من ليها) ، ويبست ؛ لم يضمن ؛ لأن امتناعه دليل رضاه بذلك . وهو متجه . (١)

(ومن بنى) دكة ونحوها ، (أو حفر) بنفسه ، أو حفر (أجيره ، أو) حفر (قنه) — ولو أعتقه بعد — (بأمره بئراً لنفسه) ؛ اي : ليختص بنفعها (في فنائه) ، الفناء ككساء قاله في القاموس ، (وهو ما كان خارج الدار قريباً منها)

---

(١) أقول : قال الجراعي : وهو حسن . انتهى . ولم أر من صرح به ، وظاهر تعليل شارح « الإقناع » لذلك بقوله: لأنه لايمنع من التصرف في ملكه يأبى بحث المصنف ، وأما قصد إتلاف ذلك فهذا يجري فيه الذي قرروه في الصلح إذا امتنع من ليها ، أو لم يمتنع على ما فصل في ذلك ، فتأمله . انتهى .

سواء حفر أو بني بإذن الإمام أو بغير اذنه ، وسواء حفر نحو البئر في حده ونصفها في فنائه ؛ (ضمن ما تلف بها) — أي : البئر ، وكذا الدكة ؛ لأنه تلف حصل بسبب تعديه ببنائه أو حفرة في مكان مشترك بغير إذن أهله لغير مصلحتهم ، فأشبه ما لو نصب في فنائه سكيناً فتلف به شيء ؛ كحفر (أجيرة الحر) بئراً في فنائه ، فيضمن الأجير الحافر ما تلف بها ، سواء حفرها بأجرة أو لا ؛ لأنه هو المتعدي ، ومحل ذلك (إن علم) الأجير (الحال) ؛ أي : أنها ليست ملك الآذن ؛ (اذ الأفنية ليست بملك) ، ولهذا قال القاضي : لو باع الأرض بفنائها لم يصح البيع ؛ لأن الفناء ليس بملك ، (بل مرافق) ؛ وإن جهل الحافر أنها في ملك الغير ؛ فالضمان على الآمر لتقريره الحافر ، وكذا لو جهل الباقي ، فلو ادعى الآمر علم الحافر والباني ، وأنكراه (فقولهما ؛ لأن الأصل عدمه ، وإن حفر العبد أو بنى بالفناء أو الطريق الواسع أو الضيق (بلا إذن سيده) ؛فيتعلق الضمان (في رقبته) ؛ كسائر الجنايات التي لم يأذن فيها سيده ، وإن عتقه السيد بعد الحفر أو البناء بغير اذنه ، ثم تلف بسبب ذلك شيء ، (فما تلف بعد عتقه) ؛ فعلى العبد ضمانه (في ذمته) دون سيده ؛ لاستقلاله بالجناية ، ولا يضمن من حفر بئراً (في موات لتملك أو ارتفاق) لنفسه ، (ويتجه أو) حفر بئراً (بملكه) ؛ إذ للانسان التصرف في ملكه كيف شاء ، وهو متجه [1] . أو حفرها (في سابلة واسعة) — اي : طريق مسلوك (لنفع عام) . نص عليه ، وعليه أكثر الأصحاب ؛ لأنه مأذون فيه شرعاً ، كما لو حفرها ليجتمع فيها ماء المطر ، أو لينبع منها الماء ليشرب المارة ؛ فلا يضمن ؛ لأنه محسن — (ولو لم يجعل عليها حاجزاً) — لكن ينبغي لمن حفر بئراً كذلك أن يجعل عليها حاجزاً لتعلم به ، فتتوقى .

---

(١) أقول : قال الجراعي : وهو منصوص عليه فيما تقدم ؛ إذ لا إشكال في أن له التصرف في ملكه على أي وجه أراد إن كان أهلاً ، ولم يتعد . انتهى .
قلت : لم أر من صرح به هنا ، وهو مصرح به في « الديات » لكن على تفصيل فيه . انتهى.

(ويتجه) أنه (لا يضمن من) حفر بئراً في موات ونحوها ، ولم يجعل عليها حاجزاً ، أو (لم يسد بئره سداً يمنع الضرر ، خلافاً للشيخ) تقي الدين حيث أوجب عليه ضمان ما تلف بها .[1] .

ويتجه (أن ما فتحه) الإنسان (لنفسه من آبار) متروكة (قديمة) يكون فتحه لها (بمنزلة إحداثها) ضرراً ونفعاً ، فلو فعله (بملكه) ونحوه (لا يضمن) ما تلف بسببه ؛ لأنه مأذون فيه شرعاً ،ولو كان فتحه لها(بغيره) - أي: بغير ملكه ونحوه - (يضمن)؛ لتعديه ، (ويلزمه) - أي: فاتحها - (سدها) - أي : سد التي فتحها في ملك الغير - (سداً) بحيث (يمنع الضرر) بالمارة ، (ولعله)- أي : ما ذكر - (مراد الشيخ) تقي الدين رحمه الله تعالى، وهو اتجاه حسن [2] . (أو بنى فيها) - أي:السابلة الواسعة (نحو مسجد) كمدرسة وزاوية (وخان بلا ضرر) بالمارة باحداث ذلك ، ولو فعله (بلا إذن امام) ؛ لم يضمن ما تلف بذلك ؛ لانه محسن . قال الشيخ تقي الدين : حكم ما بني وقفاً على المسجد في هذه الامكنة حكم بناء المسجد؛ (كبناء جسر) - بفتح الجيم وكسرها - وهو القنطرة ليمر عليه الناس ، وكذا فعل ماتدعو الحاجة اليه لنفع الطريق واصلاحها كازالة الماء والطين عنها وتنقيها مما يضر فيها

---

(١) أقول : قوله ويتجه إلى قوله خلافاً للشيخ ، لم أر من صرح به ، وظاهر نقل « الاقناع » ومن سبقه « كالانصاف » وغيره لكلام الشيخ وعدم تعرضهم لذلك تقريره والرضى به ، فتدبر ، وسيأتي في « الديات » تفصيل ذلك ، لكن بحث المصنف ظاهر ؛ لأنه اذا لم يضمن في حال كونها مفتوحة ؛ ففي السد كذلك ، لكن على مايأتي ، فتأمل . انتهى .

(٢) أقول : ذكره الجراعي ، وأقره ، ولم أر من صرح به ، وهو ظاهر لايأباه كلامهم ، بل يؤخذ منه ، وأما قوله : ولعله الخ فهو محل مخصص ، وظاهر كلام الشيخ العموم ، وهو محل حسن ، فتأمل . انتهى .

كقشر بطيخ (ووضع حجر بطين ليطأ عليه النّاس وحفر هدف) — وهو ماعلا في الطريق بحيث تساوي غيرها — . (وقلع حجر) في الارض يضر بالمارة ووضع الحصا في حفرة في الارض ليملأها وتسقيف ساقية فيها ؛ فهذا كله مباح لا يضمن ما تلف به ؛ لانه إحسان ومعروف .

وإن فعل (ما فيه نفع) عام كأن حفر بئراً أو بنى مسجداً او خاناً ونحوه في الطريق ، فتلف فيه شيء ؛ لم يضمن .

وإن فعل شيئاً (لنفع خاص) بنفسه، أو كان يضر بالمارة؛ كأن حفر البئر في القارعة أو بطريق (ضيقة) ؛ فانه (يضمن) ما تلف بها سواء فعله لمصلحة عامة أو لا ، باذن الإمام أو لا ؛ لما فيه من الضرر ، (ونقل المروذي) — بتشديد الراء — حكم (هذه المساجد التي بنيت في الطريق تهد)، ومسألة محمد بن يحيى الكحال يزيد في المسجد من الطريق قال : لا يصلي فيه ، (ويتجه حمله) — اي : حمل جواب سؤال المروذي على ما إذا كانت المساجد ونحوها بطريق (ضيقة) ؛ لما فيه من الضرر بالمارة ، وهو متجه[1] . ونقل حنبل أنه سئل عن المساجد على الانهار قال: أخشى أن يكون من الطريق، وسأله ابن ابراهيم عن ساباط فوقه مسجد أيصلى فيه قال: لا يصلى فيه إذا كان من الطريق.

(ومن أمر حراً بحفر بئر أو بناء بملك غيره) — أي : غير الآمر (بأجرة أو لا) بأجرة فحفر المأمور ، وتلف بها شيء ؛ (ضمن ماتلف به حافر) علم ذلك ، وضمن (بأن علم) أن الارض ملك لغير الآمر ، نص عليه .

(ويحلف) أي: الحافر والباني إن أنكر العلم بأنه ملك غير الآمر ، وادعى الآمر علمه ؛ لأن الاصل عدمه ، (وإلا) يعلم حافر بذلك ، او كان المأمور قن الآمر ؛ فآمر يضمن ما تلف لتغريره .

---

(١) أقول : ذكره الجراعي ، وأقره ، وهو مصرح به في كلامهم كما في « الانصاف » . انتهى .

(ويضمن سلطان آمر) بحفر بئر أو بناء في ملك غيره (وحده) - اي: دون حافر وبان - وظاهره سواء علم أن الارض ملك غير السلطان أو لا ؛ لأنه لا تسعه مخالفته اشبه ما لو أكره عليه .

(ومن بسط بمسجد ونحوه) كمدرسة وزاوية (حصيراً أو بارية) ،وهي الحصير المنسوج ،قال في «القاموس» : ويطلق بالشام على ما ينسج من قصب ، ولعله مرادهم بقرينة العطف (او) بسط في مسجد ونحوه ،(بساطاً أو علق) فيه ، او أوقد فيه قنديلاً ، او نصب فيه باباً او) نصب فيه (عمداً) لمصلحة، كنشر نحو ثوب عليها او نصب فيه (رفاً لنفع الناس) ؛ لم يضمن ما تلف به . هذا المذهب ، وعليه جماهير الاصحاب ، واختاره الاكثر .

(ويتجه منه) - اي بما ذكر - (جواز وضع خزائن) في المسجد (كذلك) ؛ لانها في معنى الرفوف ، غير أن لها أغلاقاً لحفظ أمتعة ملازمي المسجد ، ولا يجوز وضع الخزائن (ببقع المصلين) ؛ لانها تشغلها فيما لم تبن له ، ولو وضع في المسجد خزانة ، وجعلها (لنفسه) فقط (يحرم) عليه ذلك؛ لانه تحجير بغير حق وهو ممتنع . (ولا يصح إيجارها) - أي : الخزائن مطلقاً - سواء وضعها لنفع ملازمي المسجد أو لنفسه ، (ويجب زوالها) - أي : إزالتها - لانها من المنكر ، وهو متجه . [1] . (أو سقفه) - أي : المسجد - (أو بنى جداره او) بنى (منبره) ،وتلف بذلك شيء ؛ لم يضمنه ؛ لانه محسن كوضعه في مسجد غير مبلط حصى ،وسواء أذن فيه الإمام أو لا .

(ويتجه) أنه له بناء منبر على العادة ، فان بناه ، (ولم يفحش في كبره) جاز ، (وإلا) بأن بناه زائداً على القدر المعتاد (حرم عليه) هذا البناء، (وضمن) ما تلف به ؛ (لانه تحجير لبقعة المسجد) كحفره بئراً فيه ؛ إذ

---

(١) أقول : ذكره الجراعي ، وأقره ، ولم أر من صرح به ، وهو ظاهر يؤخذ من كلامهم ، فتأمله . انتهى .

البقعة مستحقة للصلاة فتعطيلها عدوان يضمن ما تلف بها ، وهو متجه [1] .

(أو جلس) في المسجد ، (أو اضطجع) فيه (أو قـــامْ فيه) ـ أي : المسجد ـ مسلم ، فعثر به حيوان ، فتلف ، أو نقص لم يضمن نقصه ولا تلفه (غير كافر) ، أمـــا الكافر فيضمن [2] ، وغير نحو جنب كحائض ونفساء (فيحرم) عليهم ذلك ، ويضمنون ، أو جلس ، أو اضطجـع ، أو قـام (في طريق واسع لا ضيق) يضر بالمارة ؛ فيضمن فان فعل شيئاً من ذلك وقد أبيـح له فعله ، (فعثر به حيوان ، لم يضمن ماتلف) أو نقص (به) لأنه فعل مباحاً لم يتعد به على أحد في مكان له فيه حق ، أشبه ما لو فعله بملكه ، ويضمن إن كان محرماً كالجلوس في المسجد مع الجنابة بلا وضوء، أو مع الحيض أو النفاس ، أو مع إضرار المارة باقامته في الطريق الضيق ، لا قيامه فيه . قال في « الإنصاف » : وأما القيام فلا ضمان به بحال ، لأنه من مرافق الطرق ، فهو كالمرور .

(وإن أخرج) انسان (جناحاً) وهو الروشن ، أو أخرج (نحو ميزاب) كساباط ، أو أبرز حجراً في البنيان (إلى طريق نافذ) بلا إذن الإمام أو نائبه في ذلك بلا ضرر ؛ إذ ليس للامام أن يأذن بما فيه ضرر ، (أو) أخرج ذلك إلى طريق (غيره) ـ أي : غير نافذ ـ (بلا إذن أهله) . فسقط ذلك المخرج ، (فأتلف شيئاً ـ ولو) كان سقوطه (بعد بيـع ـ وقد طواب) البائع (بنقضه قبله) ـ أي: البيع ـ (ضمنه) ؛ لحصول التلف بما أخرجه إلى هواء الطريق . ومفهومه أنه اذا سقط بعـد البيـع ، ولم يكن طولب بنقضه قبل البيـع ؛ لا ضمان عليه ولا على المشتري ؛ لانه لم يطالب بنقضه، وكذلك إن وهبه وأقبضه قبل الطلب ، ثم سقط ، فأتلف شيئاً ؛ لم يضمنه الواهب ؛ لأنه ليس ملكه ولا الموهوب له ؛ لانه لم يطالب ، وكذلك لو صالح به أو جعله صداقاً أو عوضاً

---

(١) أقول : ذكره الجراعي ، وأقره ، ولم أر من صرح به ، وهو ظاهر وجيه ، ولعله مراد من أطلق ، فتأمله . انتهى .

(٢) أقول: قال الجراعي: حيث لم يكن فيه مصلحة يعود نفعها للمسجد كبناء .انتهى.

في خلـــع أو طلاق أو عتق . ومحل الضمان (ما لم يأذن فيه) -أي : الجناح والميزاب والساباط المخرج إلى الطريق النافذ (امام أو نائبه - ولا ضرر) على المارة بإخراجه - فإن أذن فيه فأخرج فلا ضمان ؛ لأن النافـذ حق المسلمين ، والإمام وكيلهم ، فإذنه كإذنهم ، (ومع) وجوب (ضمان) بأن أخرج ذلك بدون إذن الإمام ، وطواب ، أوبإذنه ، وفيه ضرر ، أو بطريق غير نافذ بدون إذن أهله ، والتالف آدمي ؛ (فديته على العاقلة) - أي: عاقلة رب المخرج - لأنها تحمل دية الخطأ وشبه العمد ، فإن أنكرت العاقلة كون المخرج لصاحبهم ، أو أنكروا مطالبته بنقضه حيث اعتبرت ،أو أنكروا تلف الآدمي ؛ لم يلزمهم شيء إلا أن يثبت ببينة ؛ لأن الأصل عدم الوجود . (وإن مال حائطه) بعد أن بناه مستقيماً (لغير ملكه) ، سواء كان مختصاً كهواء جا ه أو مشتركا كالطريق ، (أو شق) حائطه (ولو) كان شقه (عرضاً) - إذا تشقق الحائط طولاً مع استقامته لا أثر له . وأما تشققه عرضاً فإنه يخشى عليه الوقوع كالمائل ، (وأبى) ربه (هدمه حتى أتلف شيئاً) بسقوطه عليه ؛ (لم يضمنه) نص عليه ، وهو المذهب ؛ لأنه لم يتعد ببنائه ، ولا فرط في ترك نقضه ؛ أشبه ما لو سقط من غير ميل -(ولو طولب بنقضه قبل) سقوطه - لعدم تعديه بذلك ؛ لأنه بناه في ملكه ، ولم يسقط بفعله ، (خلافاً له) - أي : « للاقناع » - فإنه قال : وعنه إن طولب بنقضه ، وأشهد عليه ، فلم يفعـل ؛ ضمن ، واعتمد هذا مع أنه مبني على ضعيف ، وقد علمت أن المعمول عليه ما جنح المصنف اليه .

فائدة : وإن بناه مائلًا إلى ملك غيره بإذنه أو مائلًا إلى ملك نفسه ، أو مال الحائط الى ملك ربه ؛ لم يضمن ربه ما تلف به ؛ لعدم تعديه .

(وإن بناه) - أي : الحائط - (مائلًا لطريق) ؛ ضمن ما تف به ، (أو) بناه مائلًا الى (ملك غيره بلا اذنه ؛ ضمن) ما تلف به - ولو لم يطالب بنقضه - لتسببه بذلك .

تتمة : وإن أحدث بركة للماء أو كنيفاً أو مستحما ، فنزل إلى جدار جاره ، فأوهاه وهدمه ؛ ضمنه ؛ لأن هذه الأسباب تتعدى ؛ ذكره في « الفصول » و « التلخيص » قالا : وللجار منعه النزول إلى جدار جاره . وقالا أيضاً : الدق الذي يهدم الجدار مضمون السراية ؛ لأنه عدوان محض .

(فصل): في جناية البهائم . (ويضمن رب بهائم ضارية) — أي معتادة بالجناية — (عالم بضريانها أو أمر بامساكها من لم يعلم بها) ؛ أي : بأنها ضارية ما أتلفته ، (و) كذلك يضمن (رب جوارح وشبهها) — أي : الجوارح — (ما أتلفته من نفس ومال) . قال في « الفصول » : من أطلق كلباً عقوراً أو دابة رفوساً أو عضوضاً على الناس ، وخلاه في طرقهم ومصاطبهم ورحابهم ، فأتلف مالاً أو نفساً ؛ ضمن ؛ لتفريطه ، وكذا إن كان له طائر جارح ؛ كالصقر والبازي ، فأفسد طيور الناس وحيواناتهم ، انتهى . قال في « الإنصاف »: وهو الصواب .

(وإذا عرفت البهيمة بالصول ؛ وجب على مالكها وغيره إتلافها) دفعاً لضررها . قاله في « الانتصار » . وحيث جاز إتلافها فله أن يتلفها بالمعروف — أي : على وجه لا تعذيب فيه — لحديث : « إذا قتلتم فأحسنوا القتلة » . ولا يضمن البهيمة المعروفة بالصول اذا قتلت حال صولها ؛ لأنها غير محترمة ؛ كمرتد وزان محصن .

(ولو حالت) الدابة (بينه) — أي : بين إنسان — (وبين ماله ، ولم تندفع بلا قتل ؛ قتلها) ، ولا شيء عليه لو كانت مملوكة لغيره ؛ لأنه قتلها دفعاً لشرها .

(ويتجه) حيث جاز له قتلها إزالة لضررها بالحيلولة بينه وبين ماله ؛ فعليه أن يسمي عليها إن كانت مأكولة اللحم لئلا يضيعها على ربها . (فلو) قتلها ، و (لم يسم) عليها سهواً لا جهلاً ؛ فلا شيء عليه ؛ لسقوط التسمية بذلك ، وإن ترك التسمية (عمداً ؛ ضمن) لربها (قيمتها مذكاة) ؛ لأنه أتلفها عليه ، وهو متجه[1] .

---

(١) أقول : ذكره ، وأقره ، الجراعي ، ولم أر من صرح به ، ولعله راجع إلى =

ولا يضمن (رب) بهائم (غير ضارية) ـ أي : معروفة بالصول ـ وغير جوارح وشبهها ما أتلفته إن لم تكن يده عليها، هذا المذهب، وعليه الأصحاب، (ولو) كان ما (أتلفته) البهيمة (صيداً بالحرم) ؛ لقوله عليه الصلاة والسلام: (العجماء جرحها جبار) . متفق عليه . أي: هدر ، فإن كانت ضارية ضمن .

(ويضمن) جناية دابة (مطلقاً) سواء كانت ضارية أولا (راكب وسائق وقائد) لدابة ، مالكاً كان أو غاصباً أو مستأجراً أو مستعيراً أو موصى له بنفعها أو مرتهنا (قادر على التصرف فيها) ؛ لأن العاجز عن التصرف وجوده كعدمه .

(ويتجه اشتراط تكليفه) ـ أي : المتصرف القادر على التصرف ـ إذ الأحكام تناط بالمكلف دون غيره ، وهو متجه [1] . (جناية يدها وفمها وولدها)، ولو لم يفرط ؛ لأنه تبعها، وظاهره سواء جنى بيده أو فمه أو رجله أو ذنبه. ولو قيل: يضمن منه ما يضمن منها فقط لكان له وجه (ووطئها برجلها) ؛ لحديث النعمان بن بشير مرفوعاً : « من أوقف دابة في سبيل من سبل المسلمين أو في سوق من أسواقهم فأوطأت بيد أو رجل ؛ فهو ضامن » . رواه الدار قطني . ولأن

= صورة ما لو حالت بينه وبين ماله ، فانه يمكنه أن يتدارك ذلك بالتسمية في حال ضربها بمحدد على مافصل في الزكاة ، فيمكن ظهور البحث فيه ، وأما في حال صولتها عليه ؛ فلا يمكنه ذلك، ولا يظهر توجيه البحث حينئذ، وحيث قالوا كمرتد وزان محصن، فتأمل. انتهى.

(١) أقول : قال الجراعي : وأما اذا لم يكن مكلفاً ففيه تفصيل يأتي إن شاء الله تعالى ، وهو منه استدراك حسن ، ولعل من تركه إنما كان تركه له ؛ لأنه في بيان الاحكام ، وهي مناطة بالمكلفين ، لا أن ذلك غفلة منهم . انتهى . قلت : ظاهر بحث المصنف يقضي بأنه إذا كان متصرفاً فيها قادراً على كفها ، ولم يكن مكلفاً لاضمان ، وهذا لايظهر لي من كلامهم، ولم أر من صرح به، ومقتضى كلامهم هنا وفي «الحجر» وفي «الديات» الضمان ، لكن على التفصيل في ذلك عليه أو على من أركبه ، فتأمل ذلك ، وحرره بنقل . انتهى .

فعل البهيمة منسوب الى من هي بيده إذا كان يمكنه حفظها ، و (لا) يضمن (ما نفحت بها) - أي : برجلها - من غير سبب ؛ لما روى سعيد مرفوعاً : « الرجل جبار » . رواه أبو داود . وفي رواية أبي هريرة : « رِجل العجماء جبار » . فدل على وجوب الضمان في جناية غيرها ، وخصص بالنفح دون الوطء ؛ لأن من بيده الدابة يمكنه أن يجنبها وطء ما لا يريد أن تطأه بتصرفه فيها ، بخلاف نفحها ؛ فإنه لا يمكنه أن يمنعها منه ، وحيث وجب الضمان وكان المجني عليه مما تحمله العاقلة ؛ فهي عليها ؛ كما صرح به المجد في شرحه بما يقتضي أنه محل وفاق .

(ويتجه) أو ؛ أي : ولا يضمن المتصرف بدابة ما نفحته (برأسها) ؛ لأن الدابة الجموح من شأنها عدم الانقياد خصوصاً إذا استجبنت المتصرف ، فإنها تتصرف فيه تصرف الغلام في فرخ طير الحمام كما هو مشاهد . هذا مقتضى كلام المصنف ، لكن القواعد تأباه إذا عدم ضمان نفح الرجل ؛ لأنه لا يمكنه المنع منه ، وأما الرأس فلا يعجز القادر على التصرف عن ضبطه ، فجنايتها به دليل على تفريطه . قال الحارثي : والبهيمة النزقة التي لا تنضبط بكبح ولا نحوه ؛ ليس له ركوبها بالأسواق ، فإن ركب ضمن لتفريطه ، وكذا الرموح والعضوض . انتهى[1] .

ومحل عدم ضمان ما نفحت برجلها ، (ما لم يكبحها) ؛ أي : يجذبها بلجام (فوق العادة ، أو) ما لم (يضرب وجهها) ؛ فيضمن ؛ لتسببه في جنايتها ، ولو فعل ذلك لمصلحة تدعو إليه .

(ولا) يضمن من بيده دابة (جناية ذنبها) ؛ لأنه لا يمكن التحفظ منها ، (ويتجه أو) ؛ أي : ولا يضمن متصرف بدابة (سقوط حملها) إذا لم

---

(١) أقول : قال الجراعي : لكن تعليلهم عدم ضمان الرجل يأبى قياس الرأس عليها ؛ لأنه يمكنه منعها من تعديها ، ألا ترى أنه قد ضمن جناية فمها ، وهو بعض رأسها ، فهو أحق بالضمان . انتهى . ولم أر من صرح به ، ولعله ظاهر ؛ لأنها قد تغلبه بقوة رأسها فهي خارجة عن اختياره ، ما لم تكن رموحاً أو لا تنضبط ، فتأمل . انتهى .

يفرط بشده ؛ إذ حفظه عن السقوط بعد إحكام الشد فوق الطاقة ، ولا تكلف نفس إلا وسعها ، وهو متجه [1] .

(ويضمن) جنايتها (مع سبب) للجناية (كنخس وتنفير فاعله) ؛ لأنه المتسبب في جنايتها ، (دونهم) ـ أي : دون الراكب والسائق والقائد . وإن جنت البهيمة على من نفرها أو نخسها ، (فأتلفته) فالجناية (هدر) ؛ لأنه السبب في الجناية على نفسه .

(وإن تعدد راكب) اثنان فأكثر ، فجنت جناية مضمونة ؛ (ضمن الأول) ما يضمنه المنفرد ؛ لأنه المتصرف فيها والقادر على كفها ، (أو)؛أي: ويضمن (من خلفه إن انفرد بتدبيرها لعجز الأول) بصغر أو مرض أو عمى ، (وإن اشتركا) ـ أي : الراكبان ـ (في تدبيرها ، ولم يكن إلا سائق وقائد؛ اشتركا في الضمان) ؛ لأن كلامنهما لو انفرد لضمن ، فإذا اجتمعا ضمنا ،(ويشارك راكب معها) ـ أي : السائق والقائد ـ كلّامنهما (مع أحدهما) من سائق أو قائد في ضمان جناية الدابة ؛ لأن كلّامنهم لو انفرد مع الدابة انفرد بالضمان ، فكذا إذا اجتمع مع غيره .

(ويتجه) أن محل مشاركة الدابة في الضمان (إن شارك) السائق والقائد أو أحدهما (في تدبير) الدابة ، أما إذا كان تدبيرها غيرمنوط به ؛ كراكب الهودج والمحفة ونحوهما ؛ فينبغي عدم تضمينه شيئاً ؛ لأنه لم يشارك في التدبير ، وهو متجه [2] .

---

(١) أقول: قال الجراعي : أي : اذا حصل جناية به ؛ فانه لايمكنه التحفظ منه ، فهو كالنفح برجلها أو ذنبها ؛ إذ لافرق في ذلك . انتهى . ولم أر من صرح به ، وهو ظاهر ؛ لأنه حيث لاتفريط ليس مباشراً ولا متسبباً ، وله نظائر ويقتضيه تعليلهم ، فتأمله . انتهى .

(١) أقول ذكره الجراعي ، وقرر نحوا مما قرره شيخنا ، وهو يؤخذ من كلام م ص في شرح « الاقناع » وغيره . انتهى .

(وإبل) مقطرة كبهيمة واحدة ، (وبغال مقطرة ، كواحدة ، على قائدها الضمان) لما جنت كل واحدة من القطـــار ؛ لأن الجميع إنما تسير بسير الأول ، وتقف بوقفه ، وتطأ بوطئه ، وبذلك يمكنه حفظ الجميع عن الجناية ، (ويشاركه) - أي : القائد - (سائق في أولها) - أي : المقطرة (في) جناية (جميعها ، و) يشارك سائق (في آخرها في) جناية (الأخير فقط ، و) يشارك سائق (فيما بينها) - أي : الأول والأخـــير - فيما باشر سوقه وفيما بعده) ، دون ما قبله ؛ لأنه ليس بسائق له ولا بتابع لما يسوقه ، فانفرد به القائد (وإن انفرد راكب على أول قطار ضمن) الراكب (جناية الجميع). قاله الحارثي ؛ لأن ما بعد الراكب إنما يسير بسيره ، ويطأ بوطئه ، فأمكن حفظه عن الجناية ، فضمن كالمقطور على ما تحته ، وسواء كان الراكب والسائق والقائد مالكا أو أجيراً أو مستأجراً أو مستعيراً أو موصى له بنفعها . قال في شرح « الإقناع » : فعلى هذا إن كان معـــه سائق ؛ فعلى ما سبق من التفصيل إذا كان سائق وقائد ، وإن كان المنفرد بالقطار راكباً أو سائقاً على غير الأول ؛ ضمن جناية ما هو راكب عليه أو سائق له وما بعده ، دون ما قبله .

(ولو انفلتت دابة ممن) هي (بيده ، فأفسدت) شيئاً ؛ (فلا ضمان) على أحد ؛ لحديث : « العجماء جرحها جبار » . وتقدم . (فلو استقبلها إنسان ، فردها ؛ ضمن) . هذا قياس قول الأصحاب . قاله الحارثي .

(ويتجه) أن راد الدابة يضمن ما أتلفه إن ردها من عند نفسه ، لا إن ردها (بأمر ربها) ، فإن ردها بأمر ربها (ليمسكها) ؛ فلا ضمان عليه ؛ لأنه محسن . وهو متجه[1] .

(ويضمن ربها) - أي : الدابة - (ومستعير ومؤجر ومودع) ومرتهن وأجير لحفظها وموص له بنفعها (ما أفسدت من نحو شجر وزرع) وغيرهما

---

(١) أقول : قال الجراعي : ويكون الضمان حينئذ على الآمر . انتهى . ولم أر من صرح به ، ولعله مراد ؛ إذ لا يأباه كلامهم ، فتأمل . انتهى .

كثوب خرقته أو مضغته أو وطئت عليه ونحوه (ليلًا) فقط نصاً ؛ لما روى مالك عن الزهري عن حرام بن سعد بن محيصة : « أن ناقة للبراء دخلت حائط قوم ، فأفسدت ، فقضى رسول الله صلى الله عليه وسلم أن على أهل الأموال حفظها بالنهار ، وما أفسدت ؛ فهو مضمون عليهم » قال ابن عبد البر : هذا وإن كان مرسلًا ؛ فهو مشهور ، وحدث به الأئمة الثقات ، وتلقاه فقهاء الحجاز بالقبول ، ولأن العادة من أهل المواشي إرسالها نهارا للراعي وحفظها ليلا ، وعادة أهل الحوائط حفظها نهاراً ، فإذا أفسدت شيئاً ليلًا كان من ضمان من هي بيده (وان فرط في حفظها) ؛ بأن لم يضمها بحيث لا يمكنها الخروج ، فإن ضمها من هي بيده ، فأخرجها غيره بغير إذنه ، أو فتح عليها بابها ، فأتلفت شيئاً ؛ فعليه الضمان دون مالكها لتسببه. ولا ضمان على من كانت بيده ؛ لعدم تفريطه ، ولو كان ما أتلفته الدابة المعادة ونحوها ليلا لربها ؛ ضمنه مستعير ونحوه. وإن لم يفرط ربها ونحوه بأن ضمها ليلًا بحيث لا يمكنها الخروج ، فأتلفت شيئاً ؛ فلا ضمان ؛ لعدم تفريطه .

و (لا) يضمن ربها ونحوه ما أفسدت (نهاراً) ؛ للحديث السابق إذا لم يكن يد أحد عليها (مطلقاً) ؛ أي : سواء فرط بأن أرسلها بقرب ما تفسده أولا ؛ لعموم الحديث السابق . قال القاضي : هذه المسألة محمولة على المواضع التي فيها مزارع ومراعي ، فأما القرى العامرة التي لا مرعى فيها إلا بين مراحين كساقية وطرف زرع ؛ فليس له ارسالها بغير حافظ ، فإن فعل ؛ لزمه الضمان؛ لتفريطه (إلا غاصبها) ؛ فيضمن ما أفسدت نهاراً أيضاً ؛ لتعديه بإمساكها ، وإن كان على البهيمة يد كقائد ؛ ضمن صاحب اليد ما أفسدت . قال الحارثي : لو جرت عادة بعض أهل النواحي بربطها نهاراً وإرسالها ليلًا وحفظ الزرع ليلًا ؛ فالحكم كذلك ؛ أي : أنه يضمن ربها ما أفسدت ليلًا إن فرط ؛ لا نهاراً ؛ لأن هذا العرف نادر ، فلا يعتبر به في تخصيص الحديث السابق .

(ومن أقتنى نحو حمام) كبط وأوز (فأرسله نهاراً فلقط حباً ؛ لم يضمن) المقتني . قاله في « المغني » و« الشرح » لأن العـــادة إرساله ، وكذا نقله في « الإنصاف » عن الحارثي واقتصر عليه (خلافاً له) - أي : « للاقنـاع » فإنه قال : « وإن اقتنى حماما أو غـيره من الطير ، فأرسله نهاراً ، فلقط حباً ؛ ضمن . ومشى عليه في « الإقناع » على تخريجـــه في الآداب على مسألة الكلب العقور ، وقد علمت أن المعتمد ما قاله المصنف .

(ومن ادعى أن بهائم فلان رعت زرعه ليلا ، (ويتجـه أو)ادعى أنها (افسدت شجره) ؛ إذ لا فرق بين رعي الزرع وإفساد الشجر . وهو متجه[1] .
(ولا غيرها) ؛ إذ ليس هناك غير بهائم فلان ، (ووجد أثرها به) - أي : بالزرع او تحت الشجر - (قضي له) على رب البهائم بضمان ما رعت (نصاً) . قال الشيخ تقي الدين : هذا من القيافة [في الأموال ، وجعل القيـافة] معتبرة في الأموال كالقيافة في الأنساب .

(ومن طرد دابة من مزرعته) ، فدخلت مزرعة غيره ، فأفسدت ؛ (لم يضمن ما أفسدته) من مزرعة غيره ، (إلا أن يدخلها مزرعة غيره) . ظاهره ولو مزرعة ربها ؛ فيضمن ما أفسدت منها ؛ لتسببه . (فإن اتصلت المزارع) لم يطردها ؛ لأن ذلك تسليط على زرع غيره ، (وصبر ليرجع على ربها) بقيمـة ما تأكله حيث لا يمكنه منعها إلا بتسليطها على مال غيره .

(ولو قدر أن يخرجها) من زرعه وله منصرف يخرجها منه (من محل غير المزارع ، فتركها) تأكل من زرعه ليرجع على ربها فما أكلته ؛ (هدر) لا رجوع لربه به ؛ لتقصيره بعدم صرفها و (كحطب) وحديد ونحوه (على دابة خرق ثوب بصير عاقل يجد منحرفاً -) أي : موضعاً يتحول اليه - فلم يفعل ؛ فلا طلب له على رب الحطب ونحوه ؛ لتقصيره بعدم الانحراف ، (وكذا لو

---

(١) أقول : ذكره الجراعي ، وصرح به الشيخ عثمان . انتهى .

كان) صاحب الثوب (مستدبراً ، فصاح به) رب الدابة (منبهاً له) لينحرف ، ووجد منحرفـــاً ، ولم يفعل ؛ فلا ضمان على رب الدابـــة ؛ لتقصيره بعدم الانحراف ، وكالمستدبر الأعمى إذا صاح عليه منبهـاً له بالانحراف لموضع يمكنه الانحراف إليه ، ولم يفعل ، (وإلا) ؛ بأن لم يجد منحرفاً — وهو مستقبل له— ولم ينبهه — وهو مستدبر — (ضمن) من مع الدابه أرش خرق الثوب،وكذا لو جرحه ونحوه .

تتمة : ومن صال عليه آدمي صغير أو كبير عاقل أو مجنون قاله الحارثي. أو صال عليه غير طير أو بهيمة ، فقتله المصول عليه دفعاً عن نفسه ؛ لم يضمنه إن لم يندفع بغير القتل . هذا المذهب ، وعليه الأصحاب ، ولو دفعه عن غيره بالقتل ، ضمنه ، إلا أن يدفعه عن نسائه ؛ كزوجته وأمه واخته وعمته وخالته ، أو يكون المصول عليـــه أحد أولاده ؛ فلا يضمن بدفـع الصائل بالقتل عمن ذكـر .

(فصل : وإن اصطدمت سفينتان) واقفتان أو مصعدتان أو منحدرتان (فغرقتا ، ضمن كل) واحـد من قيمتي السفينتين (سفينة الآخر وما فيها) من نفس ومال (إن فرطا) ـ أي : القيمان ـ (بعد تكميل آلة من نحو رجال) كأخشاب (وحبال)؛ لحصول التلف بسبب فعليها،فوجب على كل واحد منهم ضمان ما تلف بسبب فعله ؛ كالفارسين اذا اصطدما،وإن لم يفرطا ؛ فلا ضمان على واحد منها ؛ لعدم مباشرته التلف وتسببه فيه ، (فإن فرط أحدهما) دون الآخر ؛ (ضمن) المفرط (وحده) ما تلف بتفريطه ؛ لتسببه في اتلافه (ومع تعمدهما [أي القيمين] صدما) ؛ فهما شريكان في ضمان إتلاف كل من السفينتين ، وفي ضمان إتلاف من فيها من الأنفس والأموال ؛ لأنه تلف حصل بفعلها ، فاشتركا في ضمانه ؛ أشبه ما لو خرقاهما، فان كان الصدم (يقتل غالباً) ؛ فعليها (القود) بشرطه من المكافأة ونحوها؛ لأنها تعمدا القتل بما يقتل غالباً ، أشبه ما لو ألقياه في

لجة البحر بحيث لا يمكنه التخليص فغرق ، (والا) بأن لم يقتل غالباً بأن فعلا قريباً من الساحل ؛ (فهو شبه عمد) ؛ كما لو ألقاه في ماء قليل فغرق به .

(ولا يسقط فعل صادم في حق نفسه ، ولو) كان الاصطدام (مع غير عمد) ؛ بأن كان خطأ أو شبه عمد ؛ أي : اذا مات أحد القيمين دون الآخر بسبب تصادم السفينتين ؛ لم يهدر فعل الميت في حق نفسه ، بل يعتد به لمشاركة الآخر في قتل نفسه . قال ابو الخطاب وتبعه صاحب الخلاصة : هذا قياس المذهب ، وصححه في «التصحيح» وجزم به ابن عبدوس ، وقدمه في «المحرر» و « النظم » و «الرعاية» و «والحاوي الصغير » في الديات ، (خلافاً لهما) ـ أي : « للمنتهى» و « الإقناع » فإنهما قالا : ولا يسقط فعل الصادم في حق نفسه مع عمد . فمفهومها أنه يسقط مع غيره ، فعلى قولهما يجب على عاقلة كل منهما دية كاملة لورثة الآخر ، وبهذا جزم صاحب «الترغيب» ، وهو في المذهب قول غريب[1] كما لا يخفى على المتأمل اللبيب . اذا تقرر هذا (فيسقط نصف ديته) إن كان حراً ، وليس لورثته إلا نصفها (أو) ؛ أي : وإن كان قناً فيسقط نصف (قيمته) ، وليس لمالكه الا نصفها ؛ لأنه شاركه في قتل نفسه ، وإن ماتا وجب لكل منهما نصف ديته من تركة الآخر ، فإن استويا سقطا ، وإلا بقدر الأقل . (وإن كانت إحداهما) ـ أي : السفينتين المصطدمتين ـ (واقفة) ، وكانت الاخرى

(١) أقول : كلام المصنف موافق للقواعد ولما صرح به في « الترغيب » وقدمه في « الرعاية » وقال عنه في « الاقناع » في الديات إنه هو العدل ، وبحث المصنف هناك بأنه يتجه تصحيح كلام « الترغيب » وقرر عليه شيخنا هناك بأنه خلاف المذهب ، وهنا سبق قلمه حيث جعل كلام الاصلين موافقاً لما جزم به في « الترغيب » وليس كذلك ، بل هو مخالف له حيث جعل على عاقلة كل منهما نصف دية الآخر ؛ لأنه هلك بفعل نفسه وفعل صاحبه كما ذكره المصنف هنا ، وأما على كلام الاصلين فعلى عاقلة كل منهما دية كاملة ؛ لأنه يهدر فعل نفسه، ويبقى فعل صاحبه، وهذا هو المذهب هنا ، وهناك ومخالفة المصنف لهما مرجوحة فتأمل . انتهى .

سائرة ، واصطدمتا فغرقتا ؛ فلا ضمان على قيم الواقفة ؛ لأنه لم يتعد ولم يفرط ، أشبه النائم في الصحراء اذا عثر به آخر ، فتلف ، و (ضمنها) – أي : الواقفة وما فيها – (قيم السائرة إن فرط) ؛ بأن أمكن ردها عنها ، ولم يفعل ، أو لم يكمل آلتها من رجال وحبال وغيرهما ؛ لأن التلف حصل بقصوره ، أشبه ما لو نام وتركها سائرة بنفسها حتى صدمتها ، فإن لم يفرط فلا ضمان (كمصعدة) في أنها تكون مضمونة ؛ كما يضمن الواقفة قيم السائرات (يضمنها) – أي : المصعدة – (المنحدرة) ؛ لأن المنحدرة تنحط على المصعدة من علو ، فيكون ذلك سبباً لغرقها ، ولا ضمان على قيم المصعدة تنزيلاً للمنحدرة منزلة السائرة والمصعدة منزلة الواقفة (إلا أن يغلب) قيم المنحدرة (عن ضبطها بنحو ريح) ككون الماء شديد الجرية ، فلا يمكن ضبطها ، فلا ضمان عليه ؛ لأنه لا يدخل في وسعه ، ولا يكلف الله نفساً إلا وسعها ، ولأن التلف يمكن إستناده الى الريح أو شدة جريان الماء . قال في «المغني» : إن فرط المصعد بأن أمكنه العدول بسفينته – والمنحدر غير قادر ولا مفرط – فالضمان على المصعد ؛ لأنه المفرط . قال الحارثي : وهذا صريح في أن المصعد يؤاخذ بتفريطه ، وإن اختلفا في التفريط ، (فيقبل قول ملاح) – وهو القيم – (فيه) ؛ أي : في أنه غلبه ريح ونحوه ، (وأنه لم يفرطه) ؛ لأنه منكر والأصل براءته .

(ومن خرقها) – أي : السفينة – (عمداً) ؛ بأن تعمد قلع لوح ونحوه في اللجة ، فغرقت بمن فيها من الأنفس والأموال عمل به ، أو خرقها (شبهه) – أي : شبه العمد – بأن قلعه بلا داع الى قلعه في قريب من الساحل لا يغرق من فيها غالباً ، فغرقوا ، (عمل بذلك ، ويقتل) في صورة العمد (بكونهم في اللجة [(أو) الحال أنهم] لا يحسنون السباحة) ، وان لم يكونوا في اللجة ، وعليه أيضاً ضمان السفينة لربها ، فيغرم قيمتها ان تلفت وأرش نقصها إن لم تتلف بما فيها من مال أو نفس أو آدمي أو حيوان محترم ، وفي شبه العمد

والخطأ لا قصاص فيها ، لكن لكل منها حكمه في الضمان على ما يأتي تفصيله في الجنايات ، والكفارة في ماله .

(و) السفينة (المشرفة على غرق يجب إلقاء مـا يظن به) ـ أي : بإلقائه (نجـاة) من الغرق ، فإن تقاعدوا عن القاء الأمتعة ـ ولو كلها ـ أثموا ، ولا ضمان (غير الدواب) فلا تلقى لحرمتهـا ، (ما لم تلجىء ضرورة لإلقائهـــا) ـ أي : الدواب ـ فتلقى لنجاة الآدميين ؛ لأنهم آكد حرمـــة ، والعبيد في ذلك كالأحرار .

(ويتجه) أنـــه لا يجوز إلقاء الآدميين بحال (فإن ألجأت) ضرورة (لإلقاء بعضهم) لنجاة الباقي ؛ (لم يجز) [الإلقاء، ولو ألجأت الضرورة اليه ، اذ في القاء حي] يقصد ملقيه استبقاء نفسه بإتلاف غيره ، فمنع منـه إلا أن يكون غير محترم كالمرتد والزنديق والزاني المحصن ، فيجوز إلقاؤه. وهو متجه[1].

ومن القى متاعه ومتاع غيره) مع عـدم امتناعه ؛ (لم يضمن) ؛ لأنه محسن (إلا اذا امتنع) انسان من القاء متاعـــه ؛ فلغيره أن (يلقيه) من غير رضاه ؛ دفعاً للمفسدة . (ويضمن) المتاع الملقى مـع امتناع ربه الملقى له ؛ لإتلافه مال الغير بغير رضاه (ولا يضمن من قتل) حيواناً (صائلا) ـ أي : واثباً ـ (عليه ، ولو) كان الصائل (آدمياً) ، كبيراً كان أو (صغيراً) ، عاقلاً أو (مجنوناً)، حراً أو عبداً ؛ (دفعاً عن نفسه) ـ أي : القاتل ـ إن لم يندفع إلا بالقتل ؛ لأنه لدفع شره ، فكأنه قتل نفسه ، فلم يجب ضمانه ، بخلاف ما لو قتله ليأكله في المخمصة ؛ فإنـــه يضمنه ؛ وبخلاف ما لو قتله دفعاً عن غيره ؛ فيضمنه أيضاً . ذكره القاضي . (أو) قتل (خنزيراً) لم يضمنه ؛ لأنه مباح القتل؛ أشبه الكلب العقور، وكذا كل حيوان أبيح قتله (أو اتلف بنحو خرق [ككسر

---

(١) أقول : ذكره الجراعي ، وأقره ، ولم أر من صرح به ، وهو ظـاهر كلامهم . انتهى .

آلة لهو] ولو) كانت [(مع صغير) حال إتلافه لها ، أو أتلف] (نحو مزمار) كرباب (أو طنبور أو عود أو طبل أو دف بصنوج أو حلق) ، بخلاف دف لا حلق فيه ولا صنوج ؛ فانه يضمنه (أو نرد أو شطرنج) قال في «الفروع»: وظاهر كلام أصحابنا أن الشطرنج من آلة اللهو. قال في «الإنصاف» : بل هي من أعظمها ، وقد عم البلاء بها .

(ويتجـه أن هذا) الإتلاف مغتفر (من حيث عدم الضمان) على متلفه؛ لأنه أزال منكراً بحسب اعتقاده،(وأما من حيث التحريم ؛ فيحرم عليه إتلاف ما – أي: شيء – (في يد من يرى في مذهبه حله) كالشطرنج اذا وجده في يد شافعي ؛ فلا يباح له اتلافه ؛ لأن الشافعي يرى إباحـة استعماله ، ما لم يلهه عن الواجبات ، وهو متجه[1] .

(أو) ؛ أي : ولا يضمن متلف (صليب أو وثن) ؛ لأنهما محرمان، فأشبها الكلب والخنزير والميتة (أو) ؛ أي : ولا يضمن من (كسر إناء فضة أو ذهب) ، وأما اذا أتلفه ؛ فانه يضمن بوزنه فضة أو ذهباً بلا صناعة . قال الحارثي :[لا خلاف] فيه انتهى. والفرق بينه وبين آلة اللهو أن الذهب والفضة لا يتبعـان الصفة ، بل همـــا مقصودان عملا أو كسراً ، والخشب والرق يصيران تابعين للصناعة ، فالصناعة في الذهب والفضة كالغناء في الآدمية ؛ لأن الصناعة أقل من الأصل ، والخشب والرق لا يبقى مقصوداً في نفسه ، بل يتبع الصورة . أشار

---

(١) أقول : قال الجراعي : وفيه نظر إذ قد تقدم أنه لو رأى آلة لهو مع صغير أو مجنون ؛ فانه يجوز إتلافها مع كونها ليسا من أهل التكليف ، وأيضاً فان نظرنا إلى اعتقاد من هي بيده ، فانه يقتضي تحريم الاتلاف ويجب الضمان فيه ؛ لأنه مـــال : وكلام الاصحاب قاطبة لم ينظروا فيه إلى ذلك ، لكن قد تقدم في خمر الذمي عدم جواز إتلافه ، ولا ضمان فيه ، ولعله مقيس عليه . انتهى . قلت : لم أر من صرح به ، وهو ظاهر يؤخذ من كلامهم في مواضع ، وكما قاله الجراعي آخراً ، وأما ماقاله أولا فلا يظهر ؛ للفرق الواضح الظاهر للمتأمل ، فتأمل . انتهى .

اليه ابن عقيل . أو كسر أو شق اناء (فيه خمر مأمور باراقتها) وهي ما عدا خمر الخلال أو خمر الذمي المستترة (ولو قدر على اراقتها [بدونه)] - أي : بدون كسر الإناء أو شقه - أو لا ؛ لم يضمنه ؛ لأمره عليه الصلاة والسلام بكسر دنانها . رواه الترمذي ، ولحديث ابن عمر : « قال أمرني صلى الله عليه وسلم أن آتيه بمدية ، فأتيته ، فأرسل بها فأرهفت ثم أعطانيها ، ثم قال : اعد علي بها ، فخرج بأصحابه الى اسواق المدينة ، وفيها زقاق الخمر ، وقد جلبت من الشام ، فأخذ المدية مني ، فشق ما كان من تلك الزقاق بحضرته ، ثم أعطانيها ، وأمر الذين كانوا معه أن يمضوا معي ، ويعاونوني أن آتي الأسواق كلها فلا أجد فيها زق خمر إلا شققته ، ففعلت ، فلم أترك زقاً إلا شققته ». رواه احمد. فلو لم يجز إتلافها لم يأمر النبي صلى الله عليه وسلم بكسر الدنان ولا شق الزقاق، وقوله فأرهفت ؛ أي : رققت. يقال : أرهف سيفه رققه ، فهو مرهوف . أو كسر (حليا محرماً على ذكر لم يستعمله) ؛ أي : لم يضعه مالكه (يصلح للنساء كلجام) وسرج ونحوه ؛ لم يضمنه ؛ لعدم احترامه ، وأما اذا أتلفه فقد تقدم أن محرم الصناعة يضمن بمثله وزناً ، وتلقى صناعته . قال في «الآداب الكبرى»: ولا يجوز تحريق الثياب التي عليها الصور ولا الرقوم التي تصلح بسطاً ومضارج وتداس .

(ويتجه) أنه لا يجوز كسر (ما) - أي : حلي - (صلح لهن) - أي : للنساء - (كخواتم ذهب) فان كسرها؛ فانه (يضمن) قيمتها . ويتجه (أن اللبس) الصالح للنساء كالأردية المنسوجة بالحرير والقصب (كذلك) يضمنها متلفها بتشقيق أو تخريق أو غيره ، فأما إتلاف (نحو عمامة حرير) مختصة بالرجال؛ فانها (لا تضمن) ؛ أي : لا يضمنها - أي: الإمام - متلفها؛ لإزالته منكراً ، (ويؤيده) - أي : عدم ضمان ما ليس بصالح للنساء - (نصه) - أي: الإمام احمد - في رواية المروذي (على تخريق الثياب السود) ؛ لما فيه من التشبه بالكفار

لمنهي عنه. وهو اتجاه حسن[1].

أو ؛ أي : ولا يضمن من (أتلف آلة سحر أو)آلة (تعـزيم أو) آلة (تنجيم ، أو) أتلف (صور خيال ، أو) أتلف (كتب مبتدعة مضلة ، أو) أتلف كتباً مشتملة على (كفر ، أو) أتلف كتب (اكاذيب أو سخايف لأهل الخلاعة) او البطالة ، أو اتلف كتباً (فيها أحاديث رديئة) ـ أي: موضوعة ـ ولو كان معها غيرها؛ لأنه يحرم بيع كتاب مشتمل على ذلك . قال في «الفنون»: يجوز إعدام الآية من كتب المبتدعة لأجل ما هي فيه ، واهانة لما وضعت له ، ولو أمكن تمييزها ، (أو خرق مخزن خمر) على الصحيح من المذهب . نقله ابن منصور، واختاره ابن بطه وغيره ؛ لأنه يحرم بيعه ، أشبه الكلب والميتة، ولأن مخزن الخمر من أماكن المعاصي ، وإتلافها جائز .

(و) قال ابن القيم (في) كتاب (الهدي: يجوز تخريق أماكن المعاصي وهدمها، واستدل) على جواز ذلك بتحريقه صلى الله عليه وسلم (مسجدا لضرار) وأمره بهدمه ، ولا فرق بين كون المتلف لما تقدم مسلماً أو كافراً ، كل لا يضمن شيئاً مما ذكر .

(فرع : قال الشيخ) تقي الدين (للمظلوم) الاستعانة بمخلوق في دفع الظلم عن نفسه ، فاستعانته بخالقه أولى من استعانته بالمخلوق ، (وله الدعاء على ظالمه بقدر ما يوجبه ألم ظلمه) ، ولا يجوز له الدعاء (على من شتمه) أو أخـذ ماله بالكفر ؛ لأنه فوق ما يوجبه ألم الظلم (ولو كذب) ظالم (عليه) ـ أي : على إنسان ـ (لم يفتر عليه ، بل يدعو) الله فيمن يفتري عليه (نظيره ، وكذا إن

---

(١) أقول : ذكره الجراعي ، وقرر نحوا مما قرره شيخنا ، ومسألة الحلي صريحة في كلامهم كما في شرح « الاقناع »وغيره، ومسألة اللبس قياس ظاهر ، ويقتضيه تعليلهم ، لاسيما وقد أيده بالنص ، والمراد أن حلي اللبس إذا لم يتخذه مالكه يصلح للنساء فلا شيء في إتلافه ، وأما اذا اتخذه يصلح للنساء فيضمن ، ففي حل شيخنا قصور ، فتأمل . انتهى .

افسد عليه دينه) فلا يفسد هو عليه دينه ، بل يدعو الله عليه فيمن يفسد عليه دينه . هذا مقتضى التشبيه ، والتورع عنه أولى . (قال أحمد : الدعاء قصاص ، ومن دعا على من ظلمه فما صبر ، يريـــد أنه انتصر) لنفسه ؛ لقوله عليه الصلاة والسلام : « من دعا على من ظلمه فقد انتصر » . رواه الترمذي عن عائشة . ولمن صبر فلم ينتصر وغفر ان ذلك الصبر والتجـاوز لمن عزم الأمور – أي : مغروماتها – بمعنى المطلوب شرعاً .

تتمة : إذا غصب أرضاً فحكمها في جواز دخول غيره إليها حكمها قبل الغصب ، فإن كانت محوطة كالدار والبستان المحوط عليه ؛ لم يجز دخولها لغـير مالكها إلا بإذنه لأن ملكه لم يزل عنها ، فلم يكن له دخولها بغير إذنه ، كما لو كانت في يده . قال أحمد في الضيعة تصير غيضة فيها سمك : لا يصيد فيها أحد إلا بإذنهم ، وان كانت صحراء جاز الدخول فيها ورعي حشيشها . قال أحمد : لا بأس برعي الكلأ في الأرض المغصوبـــة ، وذلك ، أن الكلأ لا يملك بملك الأرض ، ويتخرج في كل واحدة من الصورتين مثل حكم الأخرى قياساً لها عليها ، ونقل عن المروذي في دار طوابيقها غصب لايدخل على والديه فيها ؛ لأن دخوله عليها تصرف في الطوابيق المغصوبة ، ونقل عنه الفضل بن عبـــد الصمد في رجل له إخوة في أرض غصب: يزورهم ، ويراودهم على الخروج ، فإن أجابوه ، وإلا لم يقم معهم ، ولا يدع زيارتهم ، يعني يزورهم يأتي باب دارهم ، ويتعرف أخبارهم ، ويسلم عليهم ، ويكلمهم ولا يدخل اليهم .

باب الشفعة

– بإسكان الفاء – من الشفاعة – أي : الزيادة أو التقوية – أو من الشفع ، وهو أحسنها ؛ فإن الشفيع هو الزوج ، والشفيع كان نصيبه منفرداً في ملكه ؛ فبالشفعة ضم المبيع الى ملكه ، فصار شفعاً ، والشافع هو جاعل الوتر شفعاً ، والشفيع فعيل بمعنى فاعل ، وهي ثابتة بالسنة والإجماع .

أما السنة فما روى جابر قال: « قضى رسول الله صلى الله عليه وسلم بالشفعة فيما لم يقسم فاذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة ». متفق عليه . ولمسلم قال : « قضى رسول الله صلى الله عليه وسلم بالشفعة في كل ما لم يقسم ربعه أو حائط ، لا يحل له أن يبيع حتى يستاذن شريكه ، فان شاء أخذ ، وإن شاء ترك فان باع ولم يستأذنه فهو أحق به » .

وأما الإجماع فقال ابن المنذر : أجمع أهل العلم على إثبات الشفعة للشريك الذي لم يقاسم فيما بيع من أرض أو دار أو حائط ، والمعنى في ذلك أن أحد الشريكين إذا أراد بيع نصيبه ، ويمكن من بيعه لشريكه وتخليصه مما كان بصدده من توقع الخلاص والاستخلاص ، فالذي يقتضيه حسن العشرة أن يبيعه منه ليصل الى غرضه من بيع نصيبه وتخليص لشريكه من الضرر ، فاذا لم يفعل ذلك وباعه لأجنبي سلط الشرع الشريك على صرف ذلك الى نفسه .

وهي في الشرع (استحقاق الشريك) . في ملك الرقبة – ولو مكاتباً – (انتزاع شقص شريكه) المنتقل عنه الى غيره . والشقص بكسر الشين النصيب (من) يد (من انتقل اليه بعوض مالي) ؛ كالمنتقل بالبيع الصريح أو بما في حكمه ؛ كصلح بمعنى بيع أو هبة بشرط الثواب (ان كان) المنتقل اليه (مثله)

ـ أي : الشفيع ـ في الإسلام والكفر (أو دونه) ـ أي : الشريك ـ بأن كان الشريك مسلماً والمنتقل اليه الشقص كافراً ، وعلم منه أنـــه لا شفعة في الموروث والموصى به والموهوب بلا عوض ولا المجعول مهراً أو عوضاً في خلع ونحوه أو صلحاً عن دم عمد ونحوه . قال الحارثي : وأورد على قيد الشركة أنه لو كان من تمام الحد لما حسن أن يقال هل تثبت الشفعة للجار أو لا . انتهى . ويرد بأن السؤال لا يكون ممن عرف هذا الحد ، وانما يكون من الجاهل به ، فيجاب بأن الشفعة استحقاق الشريك لا الجار .

(ولا تسقط) الشفعة (باحتيال) على إسقاطها ، (ويحرم) الاحتيال على إسقاطها . قال الإمام احمد : ولا يجوز شيء من الحيل في إبطالها ولا إبطال حق مسلم له . واستدل الأصحاب بحديث ابي هريرة : « لا ترتكبوا ما ارتكب اليهود ، فتستحلوا محارم الله بأدنى الحيل » . وقال النبي صلى الله عليـه وسلم : « لعن الله اليهود ، ان الله لما حرم عليهم شحومها جملوه ثم باعوه وأكلوا ثمنه » . متفق عليـه ، ولأن الله تعالى ذم المخادعين بقوله : « يخادعون الله والذين آمنوا وما يخدعون إلا أنفسهم وما يشعرون »[1] وقال عبد الله بن عمر : من يخدع الله يخدعه . ومعنى الحيلة أن يظهروا في البيع شيئاً لا يؤخذ بالشفعة معـــه ، ويتواطؤوا في الباطن على خلافه ؛ كإظهار (هبة شقص) مشفوع (لمشتر ، و) إظهار هبة (ثمن) من مشتر (لبائع) بعد أن تواطأ على ذلك ، (أو إظهار ثمن كثير وهو قليل) مثل أن يشتري شيئاً يساوي عشرة دنانير بألف درهم ، ثم يقتضيه عنـها عشرة دنانير ، أو يشريه بمائة دينار ، ويقتضيه عنها مائة درهم ، أو يشتري البائع من المشتري عبداً قيمته مائة بألف في ذمتـــه ، ثم يبيعه الشقص بالألف ، أو يشتري شقصاً بألف يدفع منها مائة ، (ويبرئه) البائع (من الباقي) وهي تسعمائة ، أو يشتري جزءاً من الشقص بمائة ، ثم يهب له البائع باقيه ، (أو) يعقد البيع

---

(١) سورة البقرة ، الآية : ٩

بثمن مجهول المقدار كأن (يبيعه) الشقص المشفوع (بصبرة يجهل قدرهـا) أو حفنة قراضة أو جوهرة معينة أو سلعة معينة غير موصوفة أو بمائة درهم ولؤلؤة وأشباه هذا ، فإن وقع ذلك من غير تحيل سقطت الشفعة ، وإن تحيلا [به] على إسقاطهـــا لم تسقط . (ويؤخذ شقص) في الصورة الاولى ، وهي ما اذا ظهر التواهب (بمثل ثمن وهب) للبائع إن كان مثلياً ، أو قيمته إن كان متقوماً ، (أو) - أي : في الصورة الثانيـــة - وهي ما اذا كان قيمة الشقص عشرة دنانير ، وأظهرا أن الثمن ألف درهم ، يؤخذ شقص بمثل ثمن (عقد باطناً) ، وهو عشرة دنانير ، وفي الصورة الثالثـة ، وهي ما اذا اشترى الشقص بمائة دينار ، وقضاه عنه مائة درهم ؛ يؤخذ مائة درهم دون المائة دينار ؛ لأنها غير المقصودة ، وفي الصورة الرابعـة ، وهي ما اذا اشترى عبداً قيمته مائة بألف في ذمته ، ثم باعه الشقص المشفوع بألف ؛ يؤخذ مائة درهم أو قيمتها ذهباً ؛ لأن المائة هي المقصوده دون الألف ، وفي الصورة الخامسة ، وهي مـا اذا اشترى شقصاً بألف فدفع منها مائة ، وأبرأه البائع من تسعمائة ؛ يؤخذ منه مائة ، واليها أشار بقوله : (أو أخذ) - أي : الباقي بعد الإبراء - لأن ما زاد عليه ليس مقصوداً حقيقة ، وفي الصورة السادسة ، وهي ما اذا اشترى جزءاً من الشقص بمائة ، ثم وهب له البائع بقية الشقص ؛ يؤخذ أيضاً مائة لا غير ؛ لأنه إنما وهبه بقية الشقص عوضاً عن الثمن الذي اشترى به الجزء ، وفي الصورة السابعة ، وهي ما اذا باعـــه الشقص بصبرة دراهم مشاهدة مجهول قدرها حيلة ، أو بحفنة قراضة ، أو جوهرة معينة ونحوها مجهولة القيمة حيلة ، واليها اشار بقوله : (ومع جهل ثمن شقص)؛ فيؤخذ مثل الثمن المجهول أو من الدراهم (بقيمته) اذا كان جوهرة ونحوها إن كان الثمن باقياً ، ولو تعذر معرفة الثمن مع الحيلة بتلف المعقود عليـه ، أو موت العبد ونحوه المجهول ثمناً ؛ دفع الشفيع الى المشتري قيمة الشقص المشفوع؛ لأن الأصل في عقود المعاوضات أن يكون العوض بقدر القيمة ، لأنها لو وقعت

بأقل أو أكثر لكانت محاباة ، والأصل عدمها .

قال في « الفائق » : ومن صور التحيل أن يقفه المشتري أو يهبه حيلة لإسقاطها ؛ فلا تسقط بذلك عند الأئمة الأربعة ، ويغلط من يحكم بها ممن ينتحل مذهب احمد ، وللشفيع الأخذبدون حكم . انتهى . قال في القاعدة الرابعة والخمسين : هـذا الأظهر ، وإن تعذر علم قدر الثمن من غير حيلة في ذلك على إسقاط الشفعة ؛ بأن قال المشتري : لا أعلم قدر الثمن – ولا بينة به – فقوله مع يمينه أنه لا يعلم قدر الثمن .

(ويقبل قول مشتر بيمينه في نفي حيلة) على إسقاط الشفعة ؛ لأن الأصل عدم ذلك ، فإن نكل قضي عليه بالنكول .

(وتسقط) الشفعة حيث جهل قدر الثمن بلا حيلة ؛ كما لو علم قدره عند الشراء ثم نسي ؛ لأن الشفعة لا تستحق بغير بدل ، ولا يمكن أن يدفع اليه مالا يدعيه ، ودعواه لا تمكن مع جهله . وإن خالف أحد المتعاقدين ما تواطآ عليه ، وأظهرا خلافه ؛ كما تواطآ على أن الثمن عشرة دنانير وأظهرا ألف درهم ، فطالب البائع المشتري بما أظهراه – وهو الألف في المثال – فإنه (يلزم) المشتري دفع (ما أظهر) المتبايعان – وهو الألف (حكماً) – لأن الأصل عدم التواطؤ ، قال في «شرح الإقناع » قلت : إن لم تقم بينة بالتواطؤ ، وله تحليف البائع أنه لم يتواطأ معه على ذلك .

(ويحرم باطناً على غار الأخذ) من المشتري (بغير ما تواطآ عليه) ؛ بأن يأخذ منه زيادة ؛ لأنه ظلم .

تتمة : قد مسخ الله تعالى الذين اعتدوا في السبت قردة بحيلهم ، فإنهم روي عنهم أنهم كانوا ينصبون شباكهم يوم الجمعة ، ومنهم من يحفر جباباً ، ويرسل اليها الماء يوم الجمعة ، فإذا جاءت الحيتان يوم السبت وقعت في الشباك والجباب ، فيدعونها الى ليلة الأحد ، فيأخذونها ، ويقولون : ما اصطدنا يوم

السبت شيئاً ، فمسخهم الله قردة بحيلتهم ، وقال الله تعالى : « فجعلناها نكالاً لما بين يديها وما خلفها وموعظة للمتقين »(١) قيل يعني به أمة محمد صلى الله عليه وسلم ؛ أي : ليتعظوا بذلك ، فيجتنبوا فعل المعتدين ، ولأن الحيلة خديعة . وقد قال صلى الله عليه وسلم : « لا تحل الخديعة لمسلم» . ولأن الشفعة وضعت لدفع الضرر ، فلو سقطت بالتحيل للحق الضرر ؛ فلم تسقط كما لو أسقطها المشتري عنه بالوقف والبيع ، وفارق ما لم يقصد به التحيل ؛ لأنه لا خداع فيه ولا قصد به إبطال حق ، والأعمال بالنيات .

(وشروطها) - أي : الشفعة - (خمسة) .

(أحدها كون شقص) منتقل عن الشريك (مبيعاً أو) كونه (صلحاً) عن إقرار بمال ، وهو أن يقر له بدين أو عين، و فيصالحه عن ذلك بالشقص ؛ لأنه بمعنى البيع ،أو يكون الشقص مصالح به عن جناية موجبة للمال ؛ كقتل الخطأ وشبه العمد وأرش الجائفة ونحوها ، أو كونه (هبة) مشروطاً فيها الثواب ، فإنها (بمعنى البيع) ؛ لأن الشفيع يأخذه بمثل الثمن الذي انتقل به الى المشتري ، ولا يمكن هذا في غير المبيع ، وألحق بالبيع المذكورات بعده؛ لأنها بيع في الحقيقة ، لكن بألفاظ أخر .

(فلا شفعة) فيما انتقل عن ملك الشريك بغير عوض (كقسمة) ؛ لأنها إفراز وتراض ؛ لأنها لو ثبتت لأحدهما على الآخر لثبت ماله عليه ، فلا فائدة (وهبة) بغير عوض وموص به وموروث ونحوه ؛ كدخوله في ملكه بطلاق قبل الدخول ؛ بأن أصدقت امرأة أرضاً ، وباعت نصفها ، ثم طلقها الزوج قبل الدخول ؛ فإنه يرجع اليه النصف الباقي في ملكها ، ولا شفعة للمشتري من المرأة عليه . (ولا) شفعة أيضاً (فيما عوضه غير مال ؛ كصداق وعوض خلع) أو طلاق أو عتق؛ كقوله: أعتق عبدك عني،وخذ هذا الشقص، وعوض (صلح

---

(١) سورة البقرة ، الاية : ٦٦

عن قوده) ؛ لأن ذلك ليس له عوض يمكن الأخذ بـــه ، فأشبه الموهوب والموروث ، وفارق البيع ؛ لأنه يؤخـذ بعوضه ، فلو جنى جنايتين عمداً وخطأ ، فصالحه منها على شقص ؛ أخذ بها في نصف الشقص ؛ أي : ما يقابل الخطأ دون باقيه ؛ لأن الصفة جمعت ما فيه شفعة وما لا شفعة فيه ، فوجبت بهـا فيما تجب فيه دون الآخر ؛ كما لو باع شقصاً وسيفاً . ومن قال لأم ولده : إن خدمت ولدي حتى يستغني ؛ فلك هذا الشقص ، فخدمته الى الفطام استحقته ، ولا شفعة فيه ؛ لأنه موصى به بشرط . (أو) ؛ أي : ولا شفعة أيضاً في شقص (أخذ) من شريك (أجرة) أو جعالة (أو ثمن سلم) إن صح جعل العقار رأس مال سلم ، وقرر شيخنا أنه لا يصح ، (أو عوض كتابة) ؛ لأنه لا يمكن الاخذ بقيمة الشقص ؛ لأنهـا ليست بعوضه في المسائل الأربع ، ولا بقيمة مقابله من النفع والعين ، وأيضاً الخبر وارد في البيع ، وليست هـذه واردة في معناه ، خلافاً للحارثي ، (أو) ؛ أي : ومثل ما عوضه غير مال شقص (اشتراه بنحو خمر) كجلود ميتة وسرجين نجس (أو خنزير) ؛ لأن ذلك ليس بمـال ، (أو) ؛ أي : ولا شفعة فيما يرجع الى البائع كرد شقص مشفوع بعد الشراء (على بائع بفسخ) أو عيب أو مقايلة أو لغبن [فاحش] أو لاختلاف متبايعـين في الثمن أو خيار مجلس أو شرط أو تدليس ؛ لأن الفسخ رفع للعقد ، وليس بيعاً ولا في معناه .

ولا شفعة (فيما) – أي : شقص – (لا يصح بيعه) كأراضي (مصر) وأراضي (الشام) وأراضي العراق (وسائر ما وقفه عمر) رضي الله عنه ، سوى المساكن منها ؛ فإنه تقدم أنه يصح بيعها (إلا إن حكم بصحة البيـع حاكم) يراه ، (أو) إلا اذا (باعه الإمام أو نائبه فتثبت) الشفعة حينئذ ؛ لثبوت الملك .

الشرط (الثاني كونه) – أي : الشقص – (مشاعاً) مع شريك – ولو مكاتباً – (من عقار) – بفتح العين – يعني أرضاً (ينقسم) ؛ أي : تجب قسمته بطلب بعض الشركاء (إجباراً) ؛ لقوله عليـه الصلاة والسلام : « الشفعة فيما لم

يقسم ، فأما اذا وقعت الحــدود فلا شفعة » . رواه الشافعي ؛ ولقوله عليه الصلاة والسلام : « الشفعة في كل ما لم يقسم ، فإذا وقعت الحـدود وصرفت الطرق فلا شفعة » رواه أبو داود. فإن قيل: انما نفى الشفعة بصرف الطرقات، وهي للجار غير مصروفة . أجيب بأن الطرقات التي لم تنصرف بالقسمة مختصة باستطراق المشاع الذي يستطرق به الشريك ليصل الى ملكه ، فإذا وقعت القسمة انصرف استطراقه في ملك شريكه ،وأما غيره من الطرقات المستحقة ؛ فلا تنصرف أبداً . (فلا شفعة لجار فيمقسوم محدود) ؛ لما تقدم ، وأما حديث أبي رافع مرفوعاً : « الجــار أحق بصقبه » . رواه البخاري فليس بصريح في الشفعة ، فإن الصقب القرب ، يقال بالسين والصاد . قال الشاعر :

كوفيــة نازح محلتهــا لا أمم دارهــا ولا صقب

فيحتمل أنه أراد بإحسان جاره وصلته وعيادته، وحديث : « جار الدار أحق بالدار» . رواه الترمذي . وحديث : « الجار أحق بشفعة جاره ينتظر بها اذا كان غائباً اذا كان طريقهما واحداً » . رواه الترمذي فقد أجيب عن الأول بوجهين أحدهمــا أنه أبهم الحق [، ولم يصرح به فلم يجز أن يحمل على العموم . والثاني محمول على أنــه أحق] بالفناء الذي بينه وبين الجار ممن ليس بجار، أو يكون مرتفقاً به ، وعن الثاني بأن الحسن رواه عن سمرة ، وأهل الحديث اختلفوا في لقاء الحسن له ، ومن أثبت لقاءه إياه قال: إنه لم يرو عنه إلا حديث العقبة ، ولو سلم لكان عنه [الجوابان] المذكوران ، وعن الثالث بأن شعبة قال : سها فيه عبد الملك بن سليمان الذي الحديث من روايته . وقال الإمام أحمد : هذا الحديث منكر . وقال ابن معين : لم يروه غير عبد الملك ، وقـد أنكر عليه ، ثم يحتمل أن المراد بالجار في الأحاديث الشريك ؛ فإنه جار أيضاً ؛ لأن اسم الجوار يختص بالقريب ، والشريك أقرب من اللصيق ، فكان أحق باسم الجوار ، وقد أطلقت العرب على الزوجة جارة لقربهــا . قال الأعشى :

أجارتنـا بيني فانك طالق . وقال حمل بن مالك : كنت بين جارتين فضربت إحداهما الأخرى بمسطح ، فقتلتها وجنينها . فأطلق الجارتين وأراد بها الضرتين، وهذا ممكن في تأويل حديث أبي رافع أيضاً .

قال في « الشرح» (ولا) شفعة (في طريق) نافذ ؛ لقوله عليه السلام : «ولا شفعة في فناء ولا طريق منقبة ». رواه أبو عبيد في الغريب . والمنقبة الطريق الضيق بين دارين لا يمكن أن يسلكه أحد .

ولا شفعة في طريق (مشترك لا ينفذ ببيع دار فيه) – أي: في الطريق – بأن كان غير نافذ ، لكل واحد من أهله فيـــه باب ، فباع أحدهم داره التي فيه بطريقهـــا ، أو باع الطريق وحده ، وكان الطريق لا يقبل القسمة . [فلا شفعة] .

(ولو كان نصيب مشتر) للدار بطريقها أو لطريقها (منها) – أي : من الطريق – (أكثر من حاجته) في الاستطراق ؛ اذ في وجوبها تبعيض الصفقة على المشتري ، وهو ضرر . ومحل ذلك (حيث لا باب آخر) للدار المشتراة سوى ذلك الباب، (ولم يمكن فتح باب لها) – أي : الدار المشتراة – ، [سوى ذلك الباب ، (ولم يمكن فتح باب لها) – أي : الدار المشتراة –] (لشارع) نافذ ؛ فلا شفعة ؛ للحديث السابق ، ولحصول الضرر على المشتري بوجوبها ؛ لأن الدار تبقى لا طريق لهـــا ، وان كان الطريق يقبل القسمة لسعته ، ولدار المشتري طريق آخر الى شارع أو غيره ، أو لم يكن لها طريق ، لكن يمكن فتح باب لهـا الى شارع ؛ وجبت الشفعة في الطريق المشترك ؛ لأنه أرض مشتركة يحتمل القسمة ، فوجبت فيه الشفعة كغيره من الأراضي ، (وكذا) – أي : كالطريق المشترك الذي لا ينفذ – (دهليز) – بكسر الدال – (وصحن دار) – أي : وسطها – (مشتركان) ، فإذا بيعت دار لهـــا دهليز مشترك ، أو بيت بابه في صحن دار مشترك ، ولا يمكن الاستطراق الى المبيع إلا من ذلك الدهليز أو

الصحن ؛ فلا شفعة فيها ؛ للضرر . وإن كان له باب آخر ، أو أمكن فتح باب له الى شارع ؛ وجبت لوجوب المقتضي وعدم المانع .

تتمة : ولا شفعة بالشرب ـ بكسر المعجمة وسكون الراء ـ وهو النهر أو البئر أو العين يسقي أرض هذا وأرض هذا ، فإذا باع أحدهما أرضه المفردة ؛ فليس للآخر الأخذ بالشفعة بسبب حقه من الشرب . قال أحمد في رواية ابن القاسم في رجل له أرض تشرب هي وأرض غيره من نهر ؛ فلا شفعة له من أجل الشرب ، اذا وقعت الحدود فلا شفعة .

(ولا) شفعة (فيما لم يقسم) بالطلب (كحمام صغير وبئر وطرق) ضيقة (وعراص ضيقة) ورحى صغيرة وعضادة ؛ لحديث أبي عبيد السابق ، ولقول عثمان : لا شفعة في بئر ولا نخل ، ولأن اثبات الشفعة بهذا يضر بالبائع ؛ لأنه لا يمكنه أن يتخلص من إثبات الشفعة في نصيبه بالقسمة ، وقد يمتنع المشتري لأجل الشفيع ، فيتضرر البائع ، وقد يمتنع البيع فتسقط الشفعة ، فيؤدي إثباتها الى نفيها ، فأما اذا أمكن قسمة ما ذكر كالحمام الكبير الواسع تمكن قسمته حمامين بحيث اذا قسم لا يتضرر بالقسمة ، وأمكن الانتفاع به حماماً ، فإن الشفعة تجب فيه ، وكذا البئر والدور والعضايد متى أمكن أن يحصل من ذلك شيئان كالبئر يقسم بئرين يرتقي الماء منها ، أو كان مع البئر بياض أرض بحيث يحصل البئر في أحد النصيبين وجبت الشفعة ؛ لإمكان القسمة ، وهكذا الرحى إن كان له حصن تمكن قسمته بحيث تحصل الحجران في أحد القسمين ، أو كان فيها أربعة أحجار دائرة يمكن أن ينفرد كل واحد منها بحجرين ؛ وجبت الشفعة ، وإن لم يمكن الا بأن يحصل لكل واحد منها ما لا يتمكن به من إبقائها رحى ؛ لم تجب .

ولا تجب الشفعة (فيما ليس بعقار كشجر) مفرد (وبناء مفرد) عن أرض ، ومن هنا لم ير أحمد في أرض السواد شفعة ، وكذا حكم سائر الأرض التي وقفها

عمر رضي الله عنه؛ كأرض الشام ومصر وغيرهـا مما لم يقسم بين الغانمين إلا أن أن يبيعها حاكم ، أو يفعله الإمام أو نائبه لمصلحة .

تنبيه : ظاهر كلام أئمة المذهب بل صريحه أن العقار هو الأرض فقط ، وأن الغراس والبناء ليس بعقار ، وظاهر كلام أهل اللغـة أو صريحه أنها من العقـار . فعن الأصمعي العقار المنزل والأرض والضياع . وعن الزجاج : كل ما له أصل انتهى .

و (لا) تجب الشفعة في (حيوان وجوهر وسيف) وسفينة وزرع وثمر وكل منقول ؛ لأن شرط وجوبها أن يكون المبيـع أرضاً ؛ لأنها هي التي تبقى على الدوام ، ويدوم ضررها .

(ويؤخذ غراس وبناء) بالشفعة (تبعاً لأرض) ؛ لقضائه صلى الله عليـه وسلم بالشفعة في كل مشترك لم يقسم ربعة أو حائطاً ، وهـذا يدخل فيه البناء والأشجار ، وفي النهاية : الربـع المنزل ودار الإقامة وربع محلتهم ، والرباع جمعه ، ومنه حديث عائشة أرادت بيـع رباعها ــ أي : منازلها ــ والحائط البستان من النخل اذا كان عليه حائط وهو الجدار ، وجمعه حوائط . انتهى ،(وكـذا نهر وبئر وقناة ودولاب) ، فتؤخذ بالشفعة تبعاً للأرض ، لا مفردة .

و (لا) يؤخذ بالشفعة تبعاً ولا مفرداً (ثمر) . قال في « المغني » والشرح (ظهر ، و) لا (زرع)ظهر (مطلقاً) ؛ أي : لا تبعاً ولا مفرداً ؛ لأنها لا يدخلان في البيـع ، فلا يدخلان بالشفعة كقماش الدار ، وعكسه البناء والغراس ، يحقق ذلك أن الشفعة بيـع في الحقيقة ، لكن الشارع جعل للشفيـع سلطان الأخذ بغير رضى المشتري .

فائدة : الحكم في الغراف والدولاب والناعورة كالحكم في البناء . قاله في الشرح ، فإن بيـع الشجر مع أرض فيها شفعة وأخذ الشجر تبعاً للأرض بالشفعة وفيه ثمرة غير ظاهرة كالطلع غير المشقق ؛ دخل الثمر في المشفوع تبعاً له حيث

أخذه الشفيع قبل التشقق ؛ لأنه يتبع في البيع ، فتبع في الشفعة ؛ لأنها بيع في المعنى ، فإن لم يأخذه حتى تشقق بقي الثمر لمشتر الى أوان أخذه .

(وإن باع علوا) من دار ، وكان ذلك العلو مشتركاً والسقف الذي تحته لصاحب السفل وحده ، أو كان السقف لصاحب السفل والعلو ، أو كان السقف (له) — أي : لصاحب العلو — فلا شفعة في العلو ؛ لأنه بناء مفرد . ولا شفعة أيضاً في السقف ؛ لأنه أرض له ، فهو كالأبنية المفردة .

فإن باع (سفلاً مشتركاً) بين اثنين فأكثر، والعلو خالص لأحد الشريكين، فباع رب العلو نصيبه من السفل ؛ (ثبتت) الشفعة (في السفل فقط) دون العلو ؛ لعدم الشركة فيه .

الشرط (الثالث طلبها) أي : الشفعة — (فوراً ساعة يعلم) بالبيع إن لم يكن عذر . نص عليه أحمد في رواية أبي طالب ، فقال : الشفعة بالمواثبة ساعة يعلم ، وعن عمر قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : « الشفعة كحل العقال » رواه ابن ماجة . وفي لفظ : «الشفعة كنشطة العقال إن قيدت ثبتت، وإن تركت فاللوم على من تركها» . لأنه خيار لدفع الضرر عن المال ، فكان على الفور؛ كخيار الرد بالعيب ،ولأن إثباته على التراخي يضر المشتري ؛ لكونه لا يستقر ملكه على المبيع ، ويمنعه من التصرف بعمارة المبيع خشية أخذه منه ، ولا يندفع عنه الضرر بأخذ قيمته ؛ لأن خسارتها في الغالب أكثر من قيمتها مع تعب قلبه وبدنه فيها . والتحديد بثلاثة أيام تحكم لا دليل عليه ، والأصل المقيس عليه ممنوع، ثم هو باطل بخيار الرد بالعيب ، (فإن أخره) ؛ أي : أخر الشفيع طلب الشفعة عن وقت العلم لغير عذر ؛ بطلت شفعته ، وإن كان التأخير لعذر (كشدة جوع أو عطش (به) حتى يأكل أو يشرب أو)أخره الحدث (لطهارة أو لإغلاق باب) كان مفتوحاً (أو ليخرج من حمام) إن علم وهو داخلها ، (أو ليقضي حاجته) من بول أو غائط ، (أو) أخره مؤذن (ليؤذن ويقيم)

الصلاة ، (أو) أخره (ليشهد الصلاة في جماعـــة يخاف فوتها) ، ويأتي بالصلاة بسنتها ، أو أخره (ليرقع ثوبه) المنخرق وقت علمه بها ، فأخر الطلب ليرقعه ، لئلا يضيع منه شيء فأخره الطلب لعله (يجـد ما ضاع منه) ، (أو) أخره من (علم ليلاً حتى يصبح مع غيبة مشتر)؛ لم تسقط الشفعة (في الجميع) ـ أي : في جميع هـذه الصور ـ لأنه مع حضوره يمكنه مطالبته بلا اشتغال عن أشغاله ، أو أخر الطلب لفعل (صلاة وسنها ولو مع حضوره) ـ أي : المشترى عند الشفيع ـ لأن العادة تقديم هذه الحوائج ونحوهـا على غيرها ، فليس الاشتغال بهـا رضى بترك الشفعة ؛ كما لو أمكنه الإسراع في مشيه أو تحريك دابته ، فلم يفعل ،ومضى على حسب عادته الى المشتري ؛ إذ الفور المشروط بحكم العـادة . (وليس عليه) ـ أي : الشفيع ـ (تخفيفها) ـ أي: الصلاة ـ (أو اقتصار على أقل مجزىء) في الصلاة ؛ لأن كمالها لا يدل على رغبته عن الشفعة ، (أو أخره) ـ أي : الطلب ـ (جهلاً بأن التأخير مسقط) للشفعة ـ (ومثله يجهله) ـ لم تسقط شفعته ؛ لأن الجهل مما يعذر به ، أشبه ما لو تركها لعدم علمه بها ، بخلاف ما لو تركها جهلاً باستحقاقه لها أو نسياناً للطلب أو البيع كتمكين المعتقة تحت عبد زوجها من وطئها جاهلة بملك الفسخ أو ناسية للعتق ، فإن لم يكن مثله يجهله ؛ سقطت شفعته . (أو أشهد بطلبه) للشفعة (غائب عن البـــلد) ـ أي : بلد المشتري ـ لم تسقط ؛ لأن إشهاده به دليل رغبته ، ولا مانع له منه إلا قيام العذر به ، فإن لم يشهد سقطت ؛ لأنه قد يترك الطلب للعذر ، وقد يتركه لغيره ، وسواء قدر على التوكيل فيه أو لا ؛ إذ التوكيل ان كان بجعل ففيه غرم ، وان كان بتبرع ففيه منة ، وقد لا يثق به ، أو أشهد بطلبه وهو محبوس بحق لا يمكنه أداؤه ؛ (لم تسقط) ، فإن أمكنه أداؤه ، فأبى سقطت .

(وتسقط) الشفعة اذا علم الشريك بالبيـع ، وهو غائب عن البلد (بسيره) هو أو وكيله الى البلد الذي فيه المشتري (في طلبهـا) ـ أي : الشفعة ـ (بلا

إشهاد) قبل سيره ؛ لأن السير يكون لطلب الشفعة ولغيره ، وقد قدر أن يبين كون سيره لطلب الشفعة بالإشهاد عليه ، فإذا لم يفعل ؛ سقطت ؛ كتارك الطلب مع حضوره .

(ولا) تسقط الشفعة (بسيره) – أي : الشريك – لمشتر (حاضر بالبلد، ولا يلزمه) – أي : الشفيع – (أن يسرع) في (مشيه) ، بل يمشي على عادته ، (أو يحرك دابته) إن ركب ؛ لأن الطلب المشروط هو الطلب بحكم العادة ، (فاذا لقيه) ؛ أي : لقي الشفيع المشتري (سلم) عليه ، (ثم طالبه) ؛ لأنه السنة . وفي الحديث : « من بدأ بالكلام قبل السلام فلا تجيبوه » . رواه الطبراني في الاوسط وأبو نعيم في الحلية من حديث ابن عمر، (فلو قال الشفيع بعد السلام متصلا به : بارك الله لك في صفقة يمينك ونحوه) كجزاك الله خيراً أو غفر لك ؛ (لم تبطل) شفعته ؛ لأن ذلك يتصل بالسلام ، فهو من جملته ، والدعاء بالبركة في الصفقة دعاء من الشفيع لنفسه ؛ لأن الشقص يرجع اليه اذا أخذه بالشفعة ، فلا يكون ذلك الدعاء رضى بترك الشفعة . (فإن اشتغل) الشفيع (بكلام آخر) غير الدعاء (أو) سلم ثم (سكت بلا عذر بطلت) شفعته ؛ لفوات شرطها ، وهو الفور ، ويملك الشفيع الشقص بالمطالبة – ولو لم يقبضه مع ملاءته بالثمن – لأن البيع السابق سبب ، فاذا انضمت اليه المطالبة كان كالإيجاب في البيع اذا انضم اليه القبول .

(ولفظه) – أي : الطلب – أن يقول الشفيع : (أنا طالب) بالشفعة ، (أو) أنا (مطالب) بالشفعة ، (أو) أنا (آخذ بالشفعة ، أو) أنا (قائم عليها) – أي : الشفعة – (ونحوه مما يفيد محاولة الأخذ)بالشفعة (كتملكته) – أي: الشقص – (أو انتزعته من مشتريه ، أو ضممته الى ما كنت أملكه من العين. (ويملك) الشقص (بذلك ، فيورث) عنه اذا مات بعد الطلب كسائر أملاكه،

(ويصح تصرفه) فيـــه وإن لم يقبضه حيث كان قادراً على الثمن الحال ، ولو بعد ثلاثة أيام .

(ويتجه) أنه يصح تصرفه (موقوفاً) على دفعه ثمنه لمشترٍ؛ لما يأتي أنــه لا يلزم المشتري تسليم الشقص قبل قبض ثمنه ، وهو متجه [1] .

(ولا تشترط) لملك الشفيـع الشقص المشفوع له بالطلب (رؤيته) ـ أي: ما منه الشقص المشفوع ـ (لأخذه) بالشفعة قبل التملك . قال في «التنقيح »: ولا يعتبر رؤيته قبل تملكه انتهى . ولعل الأصحاب نظروا الى كونها انتزاعاً قهرياً؛ كرجوع نصف الصداق المعين الى ملك الزوج بطلاقه قبل الدخول، وإن لم يكن رآه كما لو وكل إنسان آخر في شراء عبد وتزويج امرأة وإصداقهـــا إياه ففعل ، ولم يره الموكل ، ثم طلقها قبل الدخول . ولا يشترط أيضاً معرفة ثمنه . ولشفيـع المطالبة بالشفعة ثم يتعرف مقدار الثمن من المشتري أو من غيره والمبيع ، فيأخذه بثمنه ، وفي «المغني» اعتبار العلم بالثمن وبالمبيـع ؛ لأنه بيع في الحقيقـة ، فيعتبر العلم بالعوضين كسائر البيوع ، وقال في « الإنصاف » : المذهب أن الأخذ بالشفعة نوع بيع ؛ لأنـــه دفع مال لغرض التملك ، ولهذا اعتبر له العلم بالشقص وبالثمن ، فلا يعتبر مع جهالتها . وفي « الإقناع » يعتبر العلم بالثمن والشقص كسائر البيوع . وكان على المصنف أن يقول خلافاً له .

---

(١) أقول : قال الجراعي : لأن من شرط صحة تمام التصرف التسليم ، كما لو اشترى إنسان من آخر شقصاً ، صح العقد ، وصار موقوفاً على حصول التسليم ، وأما قبله فلكل الفسخ . انتهى . قلت : بحث المصنف صريح في كلامهم ؛ لأنه إذا تبين أن المشتري تصرف فيه بوقف أو هبة ونحوه قبل طلب الشفيـع ؛ صح ، وسقطت الشفعة ، وبطـــل تصرف الشفيع إن تصرف ، وليس المراد ما كتبه شيخنا ؛ لأنه ليس مانعاً من صحة التصرف على وجه القطع ، ولا ما كتبه الجراعي ؛ لأن صحة التصرف ليست موقوفة على التسليم فيما لا يحتاج إلى قبض ، وليس لاحد المتبايعين الفسخ قبل التسليم – ولو فيما يحتاج الى تسليم – وقصد المصنف هنا التنبيه على ما يأتي ، فتأمل . انتهى .

والمذهب المعتمد ما في «الإقناع» [1] من اعتبار العلم بالشقص ، وكذا بالثمن ، نعم له الطلب بالشفعة مع جهالة الثمن ، ثم يتعرف من المشتري أو غيره .

ولا يعتبر لانتقال الملك الى الشفيع رضى مشتر؛ لأنه يؤخذ منه قهراً ، والمقهور لا يعتبر رضاه .

(وإن لم يجد غائب) عن البلد (من يشهده) على الطلب ، (أو وجد من لا تقبل شهادته كامرأة وفاسق) وغير بالغ ، أو وجد (من لا يذهب معه لموضع المطالبة) فلم يشهده ؛ لم تسقط ؛ إذ لا فائدة في اشهاده ، أو وجد مستوري الحال فلم يشهدهما ؛ لم تسقط ؛ لأنه معذور بعدم قبول شهادتهما ، وان وجد واحداً فأشهده لم تسقط أيضاً ؛ لأن شهادة العدل يقضى بها مع اليمين ، (أو أخر)الشريك (الطلب والإشهاد عجزاً) عنهما (كمريض) أخرهما عجزاً عن السير الى المشتري ليطالبه وإلى من يشهده على أنه مطالب ، وأما إن كان به مرض يسير كصداع وألم قليل ؛ فلا يعذر بتأخير الطلب والإشهاد ؛ لأن ذلك لا يعجزه عنهما .

و (لا) تسقط بتأخير (محبوس ظلماً) ان عجز عن الطلب والإشهاد ؛ لأن التأخير ليس من جهته ، أو أخر الطلب والإشهاد (لإظهار) البائع والمشتري أو أحدهما أو مخبر الشفيع (زيادة ثمن) على ما وقع عليه العقد ، (أو غير جنسه) كإظهارهما أنهما تبايعا بدنانير ، فظهر أنه بدراهم أو بالعكس، أو أظهر أنه اشتراه بنقد ، فبان أنه اشتراه بعرض أو بالعكس ، أو أظهر أنه اشتراه بنوع من العروض ، فبان أنه اشتراه بغيره ، أو أظهر أنه اشترى الكل بثمن ، فظهر أنه اشترى نصفه بنصفه ، أو أظهر أنه اشترى نصفه بثمن ، فبان أنه

---

(١) أقول : قول شيخنا : والمعتمد الخ الذي يظهر من كلام الشراح وأرباب الحواشي أن المعتمد ما في « المنتهى » كما ذكره المصنف ؛ لأنه الذي قطع بـه في « التنقيح » ، فتأمل . انتهى .

اشترى جميعه بضعفه ، أو أظهر أنه اشترى الشقص وحده ، فبان أنه اشتراه هو وغيره ، أو بالعكس ، بأن أظهر أنه اشترى الشقص وغيره ، فبان أنه اشتراه وحده ، (أو) لإظهار أحد ممن ذكر (نقص مبيع ، أو) لإظهار (هبة) ؛ أي : أن المبيع موهوب ، (أو) أظهر المشتري (أن المشتري غيره ، فبان) الأمر (بخلافه) ؛ أي : بأنه هو المشتري ، أو أظهر أنه اشتراه لإنسان ، فبان أنه اشتراه لغيره ، (أو) أخر شفيع الطلب والإشهاد عليه (لتكذيب مخبر) له (يقبل) خبره ؛ فهو (على شفعته) اذا علم بالحال ، فلا يكون ذلك مسقطاً لشفعته ؛ لأنه اما معذور أو غير عالم بالحال على وجه كما لو لم يعلم مطلقاً ، ولأن خبر من لا يقبل خبره مع عدم تصديق شفيع له وجوده كعدمه ، فإن صدقه سقطت شفعته ؛ لاعترافه بوقوع البيع وتأخيره كما لو أخبره ثقة فلم يصدقه ؛ فأما إن أظهر المشتري أنه اشتراه بثمن ، فبان أنه اشتراه بأكثر فلا شفعة ؛ لأن من لا يرضى بالقليل لا يرضى بأكثر منه ، أو أظهر أنه اشترى الكل بثمن ، فبان أنه اشترى به البعض سقطت شفعته ؛ لأن من لم يرض بأخذ الشقص كله بذلك الثمن لا يرضى بأخذ بعضه .

(وتسقط) شفعته (إن كذب) مخبراً له (مقبولاً) خبره — ولو واحداً — لأنه خبر عدل يجب قبوله في الرواية والفتيا والأخبار الدينية ؛ أشبه ما لو أخبره أكثر من عدل ، (أو قال) شفيع (لمشتر) شقص: (بعنيه أو أكرنيه) ، أو قاسمني (أو صالحني) عنه ، مع أنه لا يصح الصلح مع الشفعة ، (أو) قال له : (هبه لي) أو ائتمني عليه (أو بعه من شئت ونحوه) ؛ كأعطه لمن شئت ، أو وله إياه ، ومثله قوله للمشتري : اشتريت غالياً أو بأكثر مما أعطيت أنا ؛ لأن هذا وشبهه دليل رضاه بشرائه وتركه للشفعة ، وان قيل له : شريكك باع نصيبه من زيد ، فقال : ان باعني زيد ، والا فلي الشفعة ؛ كان ذلك كقوله لزيد بعني ما اشتريت . قدمه الحارثي ، (أو حبس بحق ، ولم يبادر لطلب) الشفعة (أو

يوكل) في طلبها بأن قدر عليه فلم يفعله ؛ سقطت شفعته ؛ لعدم عذره في التأخير، (أو لقي) الشفيع (المشتري فنسي المطالبة) ، أو نسي البيع ؛ لأنه مقصر بعدم الطلب فوراً. (ولو) كان لقيه له (بغير بلده ، وقال : إنما تركتها لأطالبه ببلد المبيع) أو لا ، وسواء قال : إنما تركتها لآخذ الشقص في موضع الشفعة، أو لم يقل ، أو قال الشريك للمشتري : بكم اشتريت ؟ أو قال للشريك : بعتك أو وليتك البيع ، فقبل ذلك ؛ سقطت شفعته .

و (لا) تسقط الشفعة (إن عمل) الشريك (سفيراً بينهما) – أي : بين شريكه والمشتري – (وهو الدلال) – بفتح الدال وكسرها – قال ابن سيده: ما جعلته للدليل والدلال ؛ لم تسقط شفعته ، (أو توكل) الشفيع (لأحدهما) في البيع ، (أو جعل له) – أي : الشفيع – (الخيار) في البيع ، (فاختار إمضاءه فرضي) الشريك (به) – أي : بالبيع – (أو ضمن ثمنه) – أي : الشقص المبيع – لم تسقط ؛ لأن ذلك بسبب ثبوت الشفعة ، فلا تسقط به كالإذن في البيع ، (أو أسقطها) – أي : الشفعة – (قبل بيع) ؛ لم تسقط ؛ لأن المسقط لها إنما هو الرضى بعد وجوبها ، ولم يوجد ، كما لو أبرأه مما يستعرضه له . وان قال لشريكه : بع نصف نصيبي مع نصف نصيبك ، ففعل؛ ثبتت الشفعة لكل واحد منهما في المبيع من نصيب صاحبه ؛ لأن كلًا منهما شريكه .

(ومن ترك شفعة موليه) – أي : محجوره – (أو أسقطها) – أي : شفعة موليه – (ولو) كان تركه لها (لعدم حظ) رآه ؛ (فله) – أي : فللمولى عليه حالة البيع – (اذا صار أهلًا الأخذ بها) – أي : بالشفعة – قال في « المغني » : وهو ظاهر كلام الإمام أحمد في رواية ابن منصور: له الشفعة اذا بلغ، فاختار، ولم يفرق ؛ لأن المستحق يملك الأخذ بها ، سواء كان له الحظ فيها أو لم يكن ، ولأنها لا تسقط بترك غير الشفيع ؛ كالغائب اذا ترك وكيله الأخذ بها .

(ويجب على ولي) صغير أو مجنون أو سفيه (الأخذ بها) - أي : بالشفعة - للمحجور عليه (مع حظ) ؛ بأن كان الشراء رخيصاً أو بثمن المثل ، وللمحجور عليه مال يشترى منه - (ولو بعد عفوه) - أي : الولي ؛ لأن عليه الاحتياط وفعل الأحظ له ، فإن ترك الولي الأخذ حينئذ ؛ فلا غرم عليه ؛ لأنه لم يفوت شيئاً من ماله ، (وإلا) يكن في الأخذ بالشفعة حظ للمحجور عليه؛ كما لو غبن المشتري ، أو كان الأخذ بها يحتاج الى أن يستقرض ويرهن مال المحجور عليه ؛ (حرم) على الولي الأخذ ، وتعين عليه الترك؛ كسائر ما لا حظ فيه لموليه،(ولم يصح الأخذ) بالشفعة حينئذ ، فيكون باقياً على ملك المشتري .

(ولا يأخذ ولي حمل) مات مورثه كأبيه قبل المطالبة (بها) - أي : الشفعة - نقله ابن رجب عن الأصحاب ، وأما اذا طالب المورث قبل موته ، فيورث عنه الشقص؛ كسائر تركته على الصحيح من المذهب .

تنبيه : وإن عفى الولي عن الشفعة التي فيها حظ لموليه ، ثم أراد الولي الأخذ بها ؛ فله ذلك لعدم صحة عفوه عنها، وإن أراد الولي الأخذ في ثاني الحال وليس فيها مصلحة لموليه ؛ لم يملك الأخذ بالشفعة ؛ لعدم الحظ . وإن تجدد الحظ للمحجور عليه أخذ الولي له بها ؛ لعدم سقوطها بالتأخير، وحيث أخذها الولي مع الحظ لموليه ؛ ثبت الملك في المشفوع للمحجور عليه ، وليس له نقضه بعد البلوغ أو العقل أو الرشد؛ كسائر تصرفات الولي اللازمة [وحكم المغمى عليه والمجنون غير المطبق حكم المحبوس والغائب تنتظر افاقتهما ؛ لأنهما معذوران ، ولا تثبت الولاية عليهما ، وحكم ولي المجنون المطبق - وهو الذي لا ترجى إفاقته - وحكم ولي السفيه حكم ولي الصغير فيما تقدم . (وللمفلس الأخذ)] بالشفعة ، (و) له (الترك) ؛ لأنه مكلف رشيد ، (ولا يجبر) ؛ أي : وليس للغرماء إجباره على الأخذ بالشفعة - ولو (مع حظ) له في الأخذ - لأن الحق له ، فلا يجبر على استيفائه ، (وكذا المكاتب) له الأخذ بالشفعة والترك كالحر .

والمأذون له من العبيد في التجارة الأخذ بالشفعة دون الترك ؛ لأن الحق فيها لسيده لا له ، فهو كولي المحجور عليه . (واذا باع ولي محجورين لأحدهم نصيباً في شركة الآخر فله) — أي : الولي — (الأخذ للآخر بالشفعة) ؛ لأنه كالشراء له ، (وإن كان الولي شريكاً لمن باع عليه) من المحجور عليهم الشقص المشفوع؛ (فليس له) ـ أي : الولي ـ (الأخذ) بالشفعة ؛ لأنه متهم في بيعه ، ولأنه بمنزلة من يشتري لنفسه من مال يتيمه ، (سوى أب) باع شقص ولده من أجنبي ؛ فله الأخذ بالشفعة لنفسه ؛ (لعدم تهمته) ، ولذلك كان له أن يشتري من نفسه مال ولده . (ولو باع الولي نصيبه) من شخص آخر ؛ (أخذ لموليه) ذلك النصيب بالشفعة ، وليس له أخذه (إلا مع الحظ له) ـ أي : لموليه ـ لأن التهمة منتفية؛ فإنه لا يقدر على الزيادة في ثمنه ؛ لكون المشتري لا يوافقه ، ولأن الثمن حاصل من المشتري كحصوله من اليتيم ، بخلاف بيعه مال اليتيم ، فإنه يمكنه تقليل الثمن ليأخذ الشقص به ، واذا رفع الأمر الى الحاكم ، فباع ؛ فللوصي الأخذ حينئذ ؛ لعدم التهمة .

(ولو كيل بيت مال أخذ) شقص مشترك مات أحد الشريكين ، ثم باع الشريك نصيبه (بها) ـ أي : بالشفعة (حيث لا وارث) للميت ، واذا أخذه يضمه الى ما بيده من أموال المسلمين لتصرف فيما أعدت له .

الشرط (الرابع) للأخذ بالشفعة (أخذ) الشريك (جميع) الشقص(المبيع ، فلا تتبعض) الصفقة ؛ لئلا ينضر المشتري بتبعيضها في حقه بأخذ بعض المبيع مع أن الشفعة تثبت على خلاف الأصل؛ دفعاً لضرر الشركة ، فإذا أخذ البعض لم يندفع الضرر . قال الحارثي : هذا الشرط كالذي قبله من كونه ليس شرط الأصل استحقاق الشفعة ؛ فإن أخذ الجميع أمر يتعلق بكيفية الأخذ ، والنظر في كيفية الأخذ فرع استقراره ، فيستحيل جعله شرطاً ؛ لثبوت أصله. قال: والصواب أن يجعل شرطا للاستدامة كما في الذي قبله ، (فإن طلب) الشريك

(بعضه) ـ أي : المبيع ـ (مع بقاء الكل) ؛ أي : لم يتلف من المبيع شيء؛ (سقطت) شفعته ؛ لأن حق الأخذ اذا سقط بالتركة في البعض سقط في الكل؛ كعفوه عن بعض قود يستحقه. (وإن تلف بعضه) ـ أي : بعض الشقص المبيع ـ كانهدام بيت من الدار التي بيع بعضها بسبب آدمي ، سواء كان المتلف له المشتري أو غيره ، وأراد الشفيع الأخذ بالشفعة ؛ (أخذ باقيه) ـ أي : باقي الشقص ـ منسوباً الى ما لا يتلفه من الدار (بحصته) ـ أي : بحصة الباقي ـ بعد ما تلف من ثمن جميع الشقص. ولو كان تلفه بسبب (فعل سماوي) ، وهو ما لا صنع لآدمي فيه كمطر أو ريح أو صاعقة ؛ فيأخذ الشفيع باقيه أيضاً بحصته لا بجميع الثمن، فلو كان الشقص المشفوع نصفاً من الدار والبيت الذي انهدم منها ينقص بانهدام نصف قيمتها أخذ الشفيع الشقص فيما بقي من الدار بنصف ثمنه ، ثم (إن كانت الأنقاض موجودة ؛ أخذها مع العرصة)، وما بقي من البناء (بالحصة أو) ؛ أي : وإن كانت الأنقاض (معدومة فكذلك) ؛ أي : أخذ ما بقي من البناء مع العرصة بالحصة،لأنه تعذر عليه أخذ كل المبيع بتلف بعضه ، فجاز له أخذ الباقي بحصته كما لو تعذر عليه أخذ الكل ؛ لكونه مع شفيع آخر. هذا المذهب . (فلو اشترى داراً) ـ أي : شقصاً منها ـ (بألف تساوي ألفين ، فباع) المشتري (بابها) ، فبقيت بألف ، (أو هدمها فبقيت بألف ؛ أخذها) الشفيع (بخمسمائة) بالحصة من الثمن ، وإطلاقه الدار على الشقص من إطلاق الكل على البعض ؛ كقوله تعالى : « يجعلون أصابعهم في آذانهم »[1] .

(وتتصور) الشفعة (في دار كاملة) وهي (إما بإظهار) المتبايعين (ما) ـ أي : ثمن زائد كثيراً بحيث (تترك الشفعة معه) ؛ كأن تكون دور مشتركة بين جماعة ، فيبيع أحدهم حصته من الجميع مشاعاً ، ويظهر أنه باع بثمن كثير

(١) سورة البقرة ، الآية : ١٩

تترك الشفعة لأجله ، ويقاسم بالمهايأة ، فيحصل للمشتري دار كاملة ، ثم يتبين الحال ، فيأخذها الشفيع ، أو تكون دور جماعة مشتركة ، فيبيع أحدهم حصة من الجميع مشاعاً ، ويظهر انتقال الشقص من جميع الأملاك بالهبة ، فيقاسم المشتري شركاءه ، فيحصل له دار كاملة ، فيأخذهـــا الشفيع ، (أو) ؛ أي : ويتصور أن تكون الشفعة في دار كاملة (بترك وكيل) شريكاً في استيفاء حقوقه ، [(أو) بترك (ولي) محجور عليه (الأخذ بهـــا) ـ أي : الشفعة ـ (وقسمت) بالمهايأة ، (فخرج نصيب مشتر داراً) كاملة ، وبيان ذلك أن يوكل الشريك وكيلاً في استيفاء حقوقه] ، ويسافر فيبيع شريكه أو شريك المحجور عليه حصته في جميع الدور المشتركة ، فيرى الوكيل أو الولي أن الحظ لموكله أو لموليه في ترك الشفعة ، فلا يطالب بها ، ويقاسم المشتري الوكيل بحسب وكالته أو الولي بحسب ولايته ، فيحصل للمشتري دار كاملة ، فهدمها ، أو باع بابهـا فنقصت كما تقدم ، ثم حضر الشفيع ، أو رشد المحجور عليه ، وعلم مقدار الثمن بالبينـــة أو بإقـرار المشتري ؛ فله الأخـذ بالشفعة . ذكره في « المستوعب » بمعناه .

(ولو تعيب مبيع بما) ـ أي : عيب ـ (ينقص الثمن) مع بقاء عينه كما لو انشق الحائط ، أو تشعث الحجر ، أو بارت الأرض ؛ (فليس له) ـ أي: الشفيع ـ (الأخذ إلا بكل الثمن ، أو يترك) ؛ لأنه لم يذهب من المبيع شيء حتى ينقص من الثمن ، وإسقاط بعض الثمن إضرار بالمشتري ، والضرر لا يزال بالضرر ، ولهذا قالوا : لو بنى المشتري أعطاه الشفيع قيمة بنائه ، ولو زاد المبيع زيادة متصلة دخلت في الشفعة . قاله في «المغني» .

(وهي) ـ أي : الشفعة ـ (بـــين) شركاء (شفعاء على قدر أملاكهم كمسائل الرد) ؛ لأن الشفعة حق يستفاد بسبب الملك ، فكان على قدر الأملاك كالغلة (فدار بين ثلاثة) . لواحد (نصف ، و) الآخر (ثلث ، و) الآخر (سدس ،

فباع رب الثلث) نصيبه ، فأصل (المسألة من ستة). مخرج الكسور الثلث بين صاحبه النصف والسدس ، (وترجع الأربعة) . بسط النصف ثلاثة ، وبسط الثلث واحد ؛ فلصاحب النصف ثلاثه ، ولصاحب السدس واحد ، ولا يرجح أقرب الشفعاء على أبعدهم ، ولا ذا قرابة من الشفعاء على أجنبي ؛ لأن القرب ليس هو بباب الشفعة ، (ومع ترك البعض) من الشركاء حقه من الشفعة ؛ (لم يكن للباقي) الذي لم يترك حقه (أن يأخذ) بالشفعة (إلا الكل) ـ أي كل المبيع ـ (أو يترك) الكل . قال ابن المنذر : أجمع كل من أحفظ عنه من أهل العلم على هذا ؛ لأن في أخذ البعض إضراراً بالمشتري بتبعيض الصفقة عليه ، والضرر لا يزال بالضرر كما لو كان بعض الشفعاء غائباً ، فإنه ليس للحاضر إلا أخذ الكل أو تركه ؛ لأنه لم يعلم الآن مطالب سواه .

(ويتجه) أن من له حق في الشفعة إذا ترك الطلب والأخذ يترك ؛ كالمدعي إذا سكت عن دعواه ترك ، (إلا أن) يكون (ترك) الأخذ بها (حيلة ليلزم به) ـ أي بالشقص كله ـ (غيره) من الشفعاء (مع عجزه) ـ أي مع اعتقاد التارك عجز المتروك له الشقص عن أخذه كله ، فيترك الشقص جميعه ؛ لأنه ليس [له] أخذ البعض ؛ لتبعض الصفقة على المشتري ، فإذا وجده التارك أعرض عنه ؛ يرجع هو ليأخذه جميعه لنفسه ، فيحرم عليه التحيل لذلك ، ويؤمر بأخذ حصته فقط ، ويرجع العاجز عن أخذ الجميع ، يأخذ مقدار حصته ، ويدفع للمشتري قدر ما خصه من الثمن . وهو متجه[1] .

---

(١) أقول : ذكره الجراعي ، وقرر نحوا مما قرره شيخنا ، ولم أر من صرح به ، وهو بمقتضى القاعدة في الحيل ، كما لو تحيل لإسقاط الشفعة . وقول شيخنا يرجع هو ليأخذه جميعه لنفسه أي بعقد من المشتري ؛ لأن شفعته سقطت بتركها ، ويتصور هذا بأن يتواطأ مع المشتري على ذلك ، فاذا ظهر الحال لمن ترك أخذ حصته لعجزه ؛ فله أخذ حصته ، وهو ظاهر فتأمل . انتهى .

(ولو كان المشتري) للشقص (شريكاً) في العقار ، وثم شريك آخر ؛ أي : استقر لمشتر من الشقص المشفوع (بحصته) . نص عليه ؛ لأنهما تساويا في الشركة فتساويا في الشفعة ، كما لو كان المشتري غيرهما ، (فإن عفا) المشتري عن شفعته (ليلزم به) - أي : الشقص جميعه - (غيره) من الشركاء ؛ (لم يصح عفوه) ، ولم يصح الإسقاط ؛ لأن ملكه قد استقر على قدر حقه ، وجرى مجرى الشفيعين إذا أخذ الجميع ، ثم حضر الآخر ، وطلب حقه ، فقال الآخذ للجميع لشريكه : خذ الكل أو دعه .

(ومن وهب) من الشفعاء (شفعته لبعض الشركاء) ، أو وهبه لغيره ؛ (لم يصح ، وسقطت) شفعته ؛ لإعراضه عنها .

(ويأخذ حاضر) من الشركاء (الكل) - أي : كل الشقص المشفوع ، أو يتركه نصاً ، لأنه لا يعلم مطالب سواه ، ولا يمكن تأخير حقه إلى قدوم الغائب ؛ لما فيه من اضرار المشتري ، فلو كان الشفعاء ثلاثة ، فحضر أحدهم ، وأخذ جميع الشقص ؛ ملكه ، (ولا يؤخر بعض ثمنه ليحضر غائب) ، فيطالب ؛ لأن الثمن قد وجب عليه بالأخذ ، فلم يملك تأخيره (فإن أصر) على الإمتناع من إيفائه (فلا شفعة) له ؛ كما لو أبى أخذ جميع المبيع ، (والغائب) من الشفعاء (على حقه) من الشفعة للعذر ، (فإذا حضر) الشريك الغائب (قاسمه) ؛ أي : قاسم شريكه الحاضر (إن شاء) ، أو عفا ، فبقي الشقص للأول ؛ لأن المطالبة إنما وجدت منهما ، (فإذا حضر ثالث) بعد أن قاسم الثاني الأول ، (قاسمهما إن شاء) الأخذ بالشفعة ، (وبطلت القسمة الأولى) ؛ لأنه تبين أن لهما شريكاً لم يقاسم ولم يأذن ، وإن عفا الثالث عن شفعته بقي الشقص للأولين ، لأنه لا مشارك لهما .

(وإن خرج شقص) مشفوع (مستحقاً) وقد أخذ الأول ثم الثاني منه ثم الثالث منهما - (فالعهدة على مشتر) ؛ لأن الشفعة مستحقة بعد الشراء

وحصول الملك للمشتري ، فكانت العهدة عليه (يرجعون) ـ أي : الثلاثـة ـ عليه) ـ أي:المشتري ـ و(لا) يرجعون(على بعضهم) بشيء ، (ولو قال ثان لأول) حين قدومه من غيبته : (لا آخذ الا قدر نصيبي ؛ فله ذلك) ؛ لأنه اقتصر على بعض حقه ، وليس فيه تبعيض للصفقة على المشتري ، والشفيـع دخل على أن الشفعة تتبعض عليه .

(ولا يطالب غائب شريكه) الذي سبقه بالأخذ (بما أخذه) سابقاً (من غلته) ـ أي غلة الشقص المشفوع ـ من ثمر وأجر ونحوهما (قبل أن يقدم)من غيبته ، لأنه انفصل في ملكه ، فأشبه ما لو انفصل في يد المشتري ، وإن ترك الأول الأخذ بالشفعة ، أو أخذ بها ، ثم رد ما أخذه بعيب توفرت الشفعة على صاحبيه الغائبين ، فاذا قدم الأول منهما فله أخذ الجميـع على ما ذكرنا في الأول ، وان أخذ الأول الشقص بالشفعة ، ثم أعاده للمشتري بنحو هبة ؛ فلا شفعة للغائبين ؛ لأنه عاد بغير السبب الذي تعلقت به الشفعة ، بخـلاف رده بعيب ؛ لأنه رجع الى المشتري بالسبب الأول ، فكان له أخذه كما لو عفا .

(ولشفيـع فيما بيـع على عقدين الأخذ) بالشفعة (بهما) ـ أي:العقدين ـ لأنه شفيـع فيهما ، وله الأخذ (بأحدهما) أيهما كان ؛ لأن كلًا منهما بيـع مستقل بنفسه ، وهو يستحقها ، فإذا سقط البعض كان له ذلك ، كما لو أسقط حقه من الكل ، (ويشاركه) ـ أي : الشفيـع ـ (مشتر اذا أخذ) بالعقد (الثاني فقط) ـ أي : دون الأول ـ لاستقرار ملك المشتري فيه ، فهو شريك في البيـع الثاني ، فإن أخـذ بالبيعين أو بالأول لم يشاركه ؛ لأنه لم يسبق له شركة ، وإن بيـع شقص على أكثر من عقدين ؛ فلشفيـع الأخذ بالجميع وببعضها ، ويشاركه مشتر إن أخذ بغير الأول بنصيبه مما قبله .

(و)إن تعددا دون العقد [بأن] (اشترى اثنان حق واحد) صفقة واحدة (أو) اشترى [واحد] لنفسه ولغيره بالوكالة أو الولاية أو لهما ؛ بأن كان وكيلًا

لأحدهما ووليًّا على الآخر (حق) واحد ؛ فللشفيع أخذ حق أحدهما ؛ لأن الصفقة مع اثنين بمنزلة عقدين ، فيكون للشفيع الأخذ بهما وبأيهما شاء ، وكذا إن اشترى الواحد لنفسه ولغيره ؛ لتعدد من وقع له العقد. وإن اشترى واحد حق (اثنين) صفقة واحدة ، (أو) اشترى واحد من آخر (شقصين من عقارين صفقة) واحدة ؛ (فللشفيع أخذ حق أحدهما) ـ أي: أحد المشتريين أو البائعين ـ لأن الصفقة مع اثنين بائعين أو مشتريين بمنزلة عقدين، أو باع شريك من عقارين شقصين صفقة ؛ فللشفيع (أخذ أحد الشقصين) من أحد العقارين دون الآخر؛ لأن الضرر قد يلحقه بأرض دون أخرى. ولشفيع (أخذ شقص) مشفوع (بيع صفقة) واحدة (مع ما) ـ أي : شقص ـ (لا شفعة فيه كعرض) أو فرس أو خاتم بثمن واحد فيأخذه بحصته ـ أي : قسطه من الثمن ـ (فيقسم الثمن) المسمى (على قيمتها)ـ أي : الشقصين أو قيمة الشقص وقيمة ما معه نصاً ـ فلو كانت قيمة الشقص مائة وقيمة ما معه عشرون ؛ أخذ الشفيع الشقص بخمسة أسداس ما وقع عليه العقد ، (ولا يثبت لمشتر خيار التفريق فيها) في أخذ الشفيع . قاله في «التلخيص » وغيره ، واقتصر عليه الحارثي ، وذلك لتعدد العقد في المعنى .

تتمة : وإن باع اثنان نصيبها من اثنين صفقة واحدة ؛ فالتعدد واقع من الطرفين ؛ إذ البائع اثنان والمشتري اثنان والعقد واحد ، وذلك العقد بمثابة أربع صفقات ؛ فللشفيع أخذ الكل ، أو أخذ نصفه من أحدهما ويبقي نصفه الآخر ، أو أخذ ربعه من أحدهما فيبقي له وللآخر نصفه ، وذلك خمسة أخيرة. ذكره القاضي وابن عقيل وغيرهما.

الشرط (الخامس) للأخذ بالشفعة (سبق ملك شفيع الرقبة) ؛ أي : ان يسبق ملكه الجزء من رقبة ما منه الشقص المبيع على زمن البيع ؛ لأن الشفعة ثبتت لدفع الضرر عن الشريك ،فإذا لم يكن له ملك سابق فلا ضرر عليه ؛

فلا شفعة. ويعتبر ثبوت (تمام الملك) للشفيع بالبينة أو أقرار المشتري، فلا تكفي اليد؛ لأنهـــا مرجحة فقط حملا بالظاهر، ولا تفيد الملك كما يأتي في الدعاوي والبينات، (فيثبت) الأخذ بالشفعة (للمكاتب) سبق ملكه للرقبة؛ لصحة ملكه كغيره، ولا تثبت الشفعة (لأحد اثنين اشتريا داراً صفقة) واحدة على الآخر؛ لأنه لا مزية لأحدهما على صاحبه؛ لأن شرط الأخذ سبق الملك، وهو معدوم هنا، (و) كذا (لو) جهل السبق (مع ادعاء كل) منهما (السبق، وتحالفا) [أو] أقاما بينتين، (وتعارضت بينتاهمـا)؛ بأن شهدت بينة كل واحد منهما بسبق ملكه وتجدد ملك صاحبه؛ لأنه يثبت السبق لواحد منهما.

(ولا) تثبت الشفعه لمالك (بملك غير تام كبيـع شقص من دار موصى له بنفعها)؛ فلا شفعة للموصى له؛ لأن المنفعة لا تؤخذ بالشفعة، فلا تجب بها ولا يثبت الملك [لمالك بملك] غير تام (كشركة وقف) على معين، (فلا يأخذ موقوف عليه بها) ـ أي: الشفعة ـ فدار نصفها وقف ونصفها طلق، وابيـع الطلق لا شفعة للموقوف عليه؛ لأن ملكه غير تام؛ أشبه مالك المنفعة.

(ويتجـه وعكسه يصح) الأخذ بالشفعة؛ كتعطل منافع الدار التي نصفها وقف ونصفها طلق بانهدامها أو خراب محلتها، وبيـع الشقص الموقوف ليشتري بثمنه ما يكون وقفاً مثله أو دونه أو يصرف في وقف مثله؛ إذ ما لا يدرك كله؛ لا يترك كله؛ فللشريك الأخذ بالشفعة؛ إذ لو تراضيا على القسمة بلا رد عوض من المالك أو برد عوض من أهل الوقف؛ لكان ذلك جائزاً؛ كما يأتي في باب القسمه. وهو متجه [1]. (و) إن وكل أحد الشريكين الآخر بأن قال له: (بع نصف نصيبي مع نصف نصيبك، ففعل)؛ أي: فباع بالأصالة عن نفسه والوكالة عن شريكه؛ (ثبتت الشفعة لكل منهما) ـ أي: الشريكين ـ

---

(١) أقول: قال الجراعي قال في «الانصاف»: الاصح يؤخذ بها موقوف جاز بيعه. انتهى.

(في) الشقص (المبيع من نصيب صاحبه) على قدر حصته ؛ لأن المبيع المذكور بمنزلة عقدين لتعدد من وقع منه العقد .

(فصل : وتصرف مشتر) في الشقص المشفوع (بعد طلب شفيع) بالشفعة (باطل) ؛ لانتقال الملك الى الشفيع بالطلب في الأصح أو الحجر عليه به لحق الشفيع على مقابله، وإن نهى الشفيع المشتري عن التصرف ولم يطالبه بها ؛ لم يصر المشتري ممنوعاً ، بل تسقط الشفعة على قولنا هي على الفور. ذكره القاضي في خلافه ، واقتصر عليه ابن رجب في القاعدة الثالثة والخمسين .

وتصرف مشتر (قبله) - أي : الطلب - (بوقف) على معين ؛ كأن وقفه على ولده أو ولد زيد، أو على غير معين بأن وقفه على المساجد أو الفقراء أو الغزاة، أو تصرفه في الشقص (بهبة أو صدقة ؛ أو بما لا تجب به شفعة ابتداء كجعله مهراً أو عوض خلع أو صلحاً عن دم عمد ؛ يسقطها) - أي: الشفعة - قال القاضي: المنصوص عن أحمد في رواية علي بن سعد وأبي بكر بن محمد إسقاط الشفعة فيما اذا تصرف بالوقف والهبة، والصدقة كالهبة ؛ لأن بالشفعة إضراراً بالموقوف عليه والموهوب له والمتصدق عليه ؛ لأن ملكه يزول عنه بغير عوض؛ لأن الثمن انما يأخذه المشتري ، والضرر لا يزال بالضرر .

(ويحرم) على المشتري التصرف بوقف وما عطف عليه ليسقط الشفعة ، (ان قصده) - أي : الإسقاط ، ومع ذلك تسقط لصدور التصرف منه قبل الطلب .

و (لا) تسقط الشفعة بتصرف المشتري بالشقص المشفوع (برهن أو إجارة) ؛ لبقاء المرهون والمؤجر في ملك المشتري، وسبق تعلق حق الشفيع على حق المرتهن والمستأجر. (وينفسخان) - أي : الرهن والإجارة - (بأخذه) - أي : أخذ الشفيع الشقص المرهون أو المؤجر بالشفعة - من حين الأخذ ؛ لأنها يستندان الى حال الشراء ، ولسبق حقه حقها ، وأيضاً الفرق بين الأخذ

بالشفعة والبيع أن الشقص خرج من يد المشتري قهراً عليه في الأخذ بالشفعة، بخلاف البيع .

(ولا) تسقط الشفعة (بانتقال لوارث) بموت مورثه إن طالب بها قبل موته، (أو) بانتقال الشقص المشفوع (لبيت المال) ؛ بأن ارتد المشتري ، فقتل أو مات قبل علم الشفيع بالبيع ؛ فللشفيع اذا علم الأخذ بالشفعة من بيت المال؛ لانتقال مال المرتد اليه ؛ لأنها وجبت بالشراء وانتقاله الى المسلمين بقتله أو موته لا يمنع الشفعة ، كما لو مات على الإسلام ، فورثه ورثته،أو صار ماله الى بيت المال ؛ لعدم ورثته، ويؤخذ الشقص بالشفعة من وكيل بيت المال ؛ لأنه نائب عن المسلمين الآيل اليهم الشقص .

و(لا) تسقط الشفعة (بوصية) من المشتري بأن أوصى بالشقص المشفوع ، ومات (إن أخذ شفيع) الشقص (قبل قبول موص له)؛ لأن حقه أسبق من حق الموصى له ، فإذا أخذه دفع الثمن الى الورثة ، وبطلت الوصية ؛ لأن الموصى به ذهب ، فبطلت الوصية به ، كما لو تلف ، ولا يستحق الموصى له بدله ؛ لأنه لم يوص له الا بالشقص ، وقد فات بأخذه ، وإن كان الموصى له قبل الوصية بالشقص قبل أخذ الشفيع بالشفعة أو قبل طلبه بها ؛ لزمت الوصية ، واستقر للموصى له ، وسقطت الشفعة ؛ لأن بالشفعة إضراراً بالموصى له ؛ لأن ملكه يزول عنه بغير عوض ، وكما لو وهبه المشتري قبل الطلب ، وإن طلب الشفيع الأخذ بالشفعة قبل قبول الوصية ، ولم يأخذ بعد الطلب حتى مات الموصي ؛ بطلت الوصية ، واستقر الأخذ للشفيع ، سواء قبل الموصى له الوصية أو لا ؛ لأنه ملك قبل لزوم الوصية ، ففات على الموصي .

---

(١) أقول : قول المصنف لا بانتقال الخ أي : لاتسقط الشفعة بانتقال الشقص إلى ورثة المشتري ، وليس المراد ما ذكره شيخنا ؛ لأنه تقدم التصريح به من المصنف في الاصل ، فتأمل . انتهى .

(ولا) تسقط الشفعة (ببيع) المشتري الشقص قبل الطلب ، (فيأخذه) - أي : الشقص المشفوع - (شفيع بثمن أي البيعين شاء) ؛ لأن سبب الشفعة الشراء - وقد وجد كل منهما - ولأنه شفيع في العقدين ، وعلم من ذلك صحة تصرف المشتري من الشقص قبل الطلب ؛ وكون الشفيع له أن يتملكه لا يمنع من تصرفه ، كما لو كان أحد العوضين معيباً ؛ فإنه لا يمنع من التصرف في الآخر ، وكالابن يتصرف في العين الموهوبة له وإن جاز لأبيه الرجوع فيها .

(ويرجع من) - أي : الذي (أخذ منه الشقص ببيع قبل بيعه) ، وهو من كان الشقص بيده حال الأخذ (على بائعه بما أعطاه) من الثمن؛ لأنه لم يسلم له العوض ؛ (كأن يشتريه) أي : الشقص - المشتري الأول (بخمسة) دنانير، مثلًا ، (ويبيعه) من آخر (بعشرة) دنانير ، (ويأخذه) - أي : الشقص - (شفيع) من المشتري الأول (بخمسة) دنانير، ويرجع المشتري الثاني على الأول بما دفعه له من الثمن، وهو العشرة دنانير، وينفسخ البيع الثاني. وإن كان مشتر ثالث بخمسة عشر دنانير مثلًا ، ولم يعلم الشفيع حتى تبايع ثلاثة فأكثر، وأخذ الشفيع بالبيع الأول ؛ رجع المشتري الثاني على الأول، والمشتري الثالث على الثاني، وهلم جرا، وينفسخ ما بعد البيع الأول. وان أخذ الشفيع بالبيع الأخير؛ فلا رجوع ، واستقرت العقود . وإن أخذ بالمتوسط استقر ما قبله ، وانفسخ ما بعده .

(ولا تسقط) الشفعة برجوع الشقص الى الشريك بسبب (فسخ) البيع (لتحالف) على قدر الثمن بسبب اختلافهما فيه ؛ لسبق استحقاق الشفعة الفسخ ، (ويؤخذ) الشقص (به) - أي : بثمن - (حلف عليه بائع) ؛ لأن البائع مقر بالبيع بالثمن الذي حلف عليه ومقر للشفيع باستحقاق الشفعة بذلك ، فإذا بطل حق المشتري بإنكاره لم يبطل حق الشفيع بذلك ، فله أن يطلب فسخها ويأخذ ؛ لان حقه أسبق .

(ولا) تسقط الشفعة أيضاً برجوع الشقص الى الشريك بسبب (فسخ اقالة أو) بسبب فسخ البيع؛ لوجود (عيب في شقص)؛ فللشفيع إبطال الإقالة والرد والأخذ بالشفعة؛ لأن حقه سابق عليها.

(و)فسخ البائع البيع (لعيب في نفسه) - أي: ثمن الشقص المشفوع - (المعين) كما لو اشترى الشقص بعبد معين، ثم علم البائع عيبه، وفسخ البيع (قبل أخذه) - أي: الشفيع - الشقص (بها) - أي: بالشفعة - (يسقطها؛ لأنه من جهة البائع)، ولما فيه من الإضرار بالبائع بإسقاطه حقه من الفسخ الذي استحقه بوجود العيب، والشفعة تثبت لإزالة الضرر، والضرر لا يزال بالضرر، ولأن حق البائع في الفسخ أسبق؛ لأنه استند الى وجود العيب، وهو موجود حال البيع، والشفعة تثبت بالبيع، ويفارق ما اذا كان الشقص معيباً فإن حق المشتري إنما هو في استرجاع الثمن، وقد حصل له من الشفيع، فلا فائدة في الرد.

و(لا) تسقط الشفعة بالفسخ لعيب الثمن (بعده) - أي: بعد الأخذ بها؛ لأن الشفيع ملك الشقص بالأخذ فلا يملك البائع إبطال ملكه كما لو باعه المشتري لأجنبي، فإن الشفعة بيع في الحقيقة.

(ولبائع) اذا فسخ بعد أخذ الشفيع (إلزام مشتر بقيمة شقص)؛ لأن الأخذ بالشفعة بمنزلة تلف الشقص [لا]؛ أي: ليس لبائع إلزام مشتر بعد أخذ الشفيع (بالثمن) الذي قبضه المشتري من الشفيع بدلاً عن عبده (المعيب)؛ لعدم وقوع العقد على ما أقبضه الشفيع؛ لأن الشفيع إنما دفع للمشتري قيمة العبد غير معيب. (ويتراجع مشتر وشفيع بما بين قيمة) شقص (وثمنه) الذي وقع عليه العقد، وهو قيمة العبد؛ لأن الشفيع أخذه قبل الإطلاع على عيب العبد بقيمته؛ لأنه الثمن الذي وقع عليه العقد، وبعد الاطلاع على عيب العبد وفسخ البيع وتعذر رد الشقص؛ استقر العقد على قيمة الشقص، والشفيع لا يلزمه

إلا ما استقر عليه العقد ، وللمشتري المطالبة بما أداه زيادة عليه ، (فيرجع دافع الأكثر) منهما على صاحبه (بالفضل) ، فإذا كانت قيمة الشقص مائة ، وقيمة العبد الذي هو الثمن مائة وعشرون ، وكان المشتري أخذ المائة والعشرين من الشفيع ؛ رجع الشفيع عليه بالعشرين ؛ لأن الشقص انما استقر عليه بالمائة .

(ولا يرجع شفيع على مشتر بأرش عيب في ثمن عفى عنه بائع)؛ أي : لو أبرأ البائع مشتري الشقص من العيب الذي وجده بالعبد ؛ فلا رجوع للشفيع عليه بشيء ؛ لأن البيع لازم من جهة المشتري لا يملك فسخه ؛ أشبه ما لو حط البائع عنه بعض الثمن بعد لزوم العقد . وإن اختار البائع أخذ أرش العيب ؛ فله ذلك ، ولا يرجع مشتر على شفيع بشيء إن دفع اليه قيمة العبد سليماً ، وإلا رجع عليه ببدل ما أدى من أرشه ، وإن عاد الشقص بعد فسخ العقد لعيب الثمن ، وأخذ الشفيع بالشفعة الى ملك المشتري أو غيره ببيع أو هبة أو إرث ونحوه ؛ لم يملك البائع استرجاعه بمقتضى الفسخ السابق ؛ لأن ملك المشتري زال عنه ، وانقطع حقه منه الى القيمة ، فإذا أخذها لم يبق له حق ، بخلاف غاصب تعذر عليه رد مغصوب فأدى قيمته ، ثم قدر عليه ؛ فإنه يرده ، ويسترجع القيمة ؛ لأن ملك المغصوب منه لم يزل عنه .

(ولشفيع) أخذ الشقص بالشفعة ، ثم (ظهر) ؛ أي : اطلع (على عيب) به لم يعلمه المشتري ، ولا الشفيع (رده) - أي : الشقص - (على مشتر، أو أخذ أرشه) منه ؛ لما تقدم من أن الأخذ بالشفعة في معنى البيع ، (و) يرجع (المشتري على البائع) بالثمن، ويرد الشقص إن رده الشفيع عليه ، أو يأخذ الأرش . ومن علم بالعيب عند العقد أو قبله من شفيع ومشتر؛ لم يرد الشقص المعيب ، ولم يطالب بأرشه ؛ لأنه دخل على بصيرة ، ولكن اذا علم الشفيع وحده ؛ فلا رد للمشتري لخروج الشقص عن ملكه . وللمشتري الأرش للعيب الذي لم يعلمه . (وإن بان ثمن معين مستحقاً ؛ بطل بيع) ؛ لما تقدم في البيع ،

(ولا شفعة) فيه ؛ لأنها إنما تثبت في عقد ينقل الملك الى المشتري ، فإن كان الشفيع قد أخذ بالشفعة لزمه رد ما أخذه على البائع ، ولا يثبت ذلك إلا ببينة أو إقرار المتبايعين والشفيع ، فإن أقرا وأنكر الشفيع لم يقبل قولهما عليه ، وله الأخذ بالشفعة ، ويرد البائع العبد لصاحبه ، ويرجع على المشتري بقيمة الشقص ، وإن كان اشترى الشقص بثمن في ذمته ، ثم نقد الثمن ، فبان مستحقاً كانت الشفعة واجبة ؛ لأن البيع صحيح ، فإن تعذر قبض الثمن من المشتري لإعساره أو غيره فللبائع فسخ البيع ، (ويقدم) حق الشفيع إذا بالأخذ بها يحصل للمشتري ما يؤديه ثمناً ، فتزول عسرته ، ويحصل الجمع بين الحقين. ذكره في «المغني» والشرح. وإن ظهر بعض الثمن مستحقاً بطل البيع في ذلك البعض وما يقابله من الشقص ؛ فلا شفعة فيه ، وصح في الباقي، وثبتت فيه الشفعة ، (وكذا) اذا كان الثمن (نحو مكيل) كموزون ومعدود (تلف قبل قبضه) ؛ بطل البيع ؛ لما تقدم ، وانتفت الشفعة إن كان التلف قبل الاخذ بها ؛ لأنه تعذر التسليم ، فتعذر امضاء العقد ، فلم تثبت الشفعة كالفسخ بخيار، وإن كان الشفيع (أخذ بالشفعة) قبل التلف ؛ لم يكن لأحد استرداد الشقص ؛ لاستقرار ملك الشفيع عليه ، ويغرم مشتريه لبائعه قيمة المبيع ، ويأخذ من الشفيع بدل ما وقع عليه العقد .

تتمة : ولا تصح الإقالة بين البائع والشفيع ؛ لأنه ليس بينه وبينه بيع ، وإنما هو مشتر من المشتري ، والإقالة إنما تكون بين المتبايعين ، فإن باعه إياه صح ؛ لأن العقار يجوز التصرف فيه قبل قبضه ، وإن استغل الشقص المشفوع مشتر قبل أخذ الشفيع بالشفعة بأن أخذ ثمرته أو أجرته ؛ فهي له ، وليس للشفيع مطالبة المشتري بردها ؛ لحديث : «الخراج بالضمان» .

(وإن أدركه) ؛ أي : أدرك الشقص المبيع (شفيع ، وقد استغل) الشقص (بزرع مشترى) ، وكان الشقص من أرض ونخل ، فلم يدركه الشفيع حتى

(ظهر ثمر) في شجره بعد شرائه ، أو أدركه شفيع وقـد (أبر طلع) للنخل المبيع ، ولو كان موجوداً حينه بلا تأبير (ونحوه)؛ كما لو كان الشقص من أرض بها أصول باذنجان أو قثاء أو نحوهما ، ولم يدركه الشفيع حتى ظهر في ذلك ، وهو على ملك المشتري لقطة ؛ فالزرع والثمر والطلع المؤبر والباذنجـان ونحوه (له) ـ أي : للمشتري ـ دون الشفيع ؛ لأن الزرع نماء بذره ، والثمر ونحوه حدث في ملكه (بسقي بلا أجرة) على مشتر لشفيع (لحصاد) زرع (وجذاذ) ثمر والى أخذ (لقطة أولى من نحو قثاء) كباذنجان وبامياء ؛ لأن الأخـذ بالشفعة كالشراء الثاني من المشتري ؛ فحكمه كالبيع ، فإن كان الطلع موجوداً حالة الشراء غير مؤبر ، ثم أبر عنـد المشتري ؛ فهو له أيضاً مبقي الى أوان جذاذه ، لكن الشفيـع هنا لا يلزمه أخذ الأرض والنخل بجميـع الثمن ، وإنما يأخذها بحصتها منه ؛ لأنه قد فات عليه بعض ما شمله عقد الشراء ، وهو الطلع الذي لم يؤبر حالة العقد ، أشبه ما لو شمل العقد الشقص وعرضا معـه . وأما اذا كان المبيـع في يد المشتري نماء متصلاً كالشجر يكبر والنخل يطلع ، ولو لم يؤبر ، فإن الشفيـع يأخذه بزيادته ؛ لأن هذه زيادة تتبـع الأصل في الرد بالعيب والإقالة والخيار ، فتبعته في الأخذ بالشفعة ، ولمـا كان الشقص المشفوع قبل أخـذه بالشفعة ملكاً لمنتقل اليه ، وقلنا لمالك زرعه ، إصلاحه كعادة الملاك ، وعليه ضمانه إن تلف ؛ كان ما زرع فيه من أصول قثاء ونحوها لزراع ، واليه أشار المصنف بقوله :

(ويتجـه أو) ؛ أي : وان أدرك الشفيـع الشقص – وقد اشتغل بزرع أصول قثاء أو باذنجان أو بامياء – فعلى الشفيـع تركه (لفراغ اللقطات) بلا أجرة ، هـذا (إن كانت الأصول لمشتر) ، وأما اذا كانت لمستأجر أو مستعير

من المشتري ؛ فليس له سوى اللقطة الأولى فقط ، كذا قال ، ولم أره لغيره (١) .

(وإن قاسم مشتر شفيعاً)، أو قاسم وكيل الشفيع في غيبته (لاظهار) المشتري (زيادة ثمن) على الثمن المبتاع به الشقص (ونحوه)؛ كإظهاره أن الشريك وهبه له، أو وقفه عليه، أو ان الشراء لغيره ، (ثم غرس) المشتري ، (أو بنى) فيما خرج له بالقسمة ؛ (لم تسقط) الشفعة ؛ لأن الشفيع لم يترك الأخذ بها إعراضاً عنها ، بل لما أظهره المشتري ، وكذا الحكم لو كان الشفيع غائباً أو صغيراً ، وطالب المشتري الحاكم بالقسمة ، فقاسم ، ثم قدم الغائب ، وبلغ الصغير ؛ فلهما الأخذ بالشفعة ، (ولربهما) - أي : الغراس والبناء - اذا أخذ الشقص بالشفعة ؛ (أخذهما) ؛ أي : قلعهما ؛ لأنهما ملكه على انفراده ، (ولو ضر) قلعهما (الأرض) على الصحيح من المذهب. قال الحارثي : ولم يعتبر القاضي وأصحابه الضرر وعدمه . قال الزركشي : وهو ظاهر كلام الأكثرين ، بل الذي جزموا به له ذلك ؛ لأنه تخليص لعين ماله مما كان حين الوضع في ملكه.

(ولا يضمن) مشتر قلع غراسه أو بناءه (نقصاً) حصل (بقلع) ؛ لانتفاء عدوانه ، فيخير الشفيع بين أخذ الشقص ناقصاً بكل الثمن أو تركه ، (ولا يسوي) المشتري (حفراً) اذا قلع غرسه أو بناءه ؛ لعدم عدوانه ، (فإن أبى) مشتر قلع غراسه أو بنائه ؛ (فللشفيع أخذه) - أي : الغراس والبناء - اذا

---

(١) أقول : قال الجراعي : فيكون مقيساً على الزرع مع وجود الفرق بينهما ، ولم أر من أشار اليه من الاصحاب . انتهى . قلت : نبه المصنف بهذا البحث على أن مايتكرر ثمره إن كانت أصوله لمشتر ؛ بأن كان هو زرعها ؛ فهذه تبقى إلى أن تفرغ اللقطات ، وإن كانت أصول ذلك زرعها بائع ، ثم ظهرت الثمرة في ملك المشتري قبل أخذ الشفيع ؛ فاللقطة الاولى للمشتري ، وما بعدها للشفيع ، وهذا صريح كلامهم في مواضع ، فما قرره شيخنا من قوله: وأما النخ ليس مراداً ، ولا يؤخذ من البحث ، وكذا ما قرره الجراعي من قوله مع النخ ، فتأمل ذلك ، وهو ظاهر . انتهى .

علم الحال (بقيمته حين تقويمه – أي: الغراس أو البناء –، (وصفته أن تقوم الارض) مشغولة (بنحو غرس، كبناء (ثم تقوم) الأرض (خالية) من الغراس أو البناء، (فما بينهما فهو قيمة نحو بناء) كغراس؛ لأن ذلك هو الذي زاد بالغراس أو البناء. جزم به ابن رزين في شرحه وفي «الإقناع» (ولا) يلزم الشفيع اذا أخذ الغراس أو البناء، سواء كان ما أنفقه المشتري أقل من قيمته أو أكثر منها، بل يلزمه قيمته فقط (أو قلعه) – أي: الغراس أو البناء (ويضمن نقصه) من القيمة المذكورة، وهي ما بين قيمة الأرض مغروسة أو مبنية وبين قيمتها خالية، ويلزم الشفيع (إبقاؤه) – أي: الغراس أو البناء (بأجرة)؛ لأن مدته تطول ولا يعلم متى تنقضي، (فان أبى) الشفيع أحد الشيئين؛ (فلا شفعة) له؛ لأنه مضار.

(وإن حفر) المشتري في البقعة المشفوعة (بئراً) لنفسه باذن الشفيع لإظهار زيادة ثمن، ثم علم، فأخذ بالشفعة (أخذها)؛ أي: أخذ (شفيع) البئر مع الشقص، (ولزمه) – أي: الشفيع – للمشتري (أجرة مثل حفرها)؛ لأن المشتري لم يتعد بحفرها.

(وإن باع شفيع شقصه) من الأرض التي أبيع منها الشقص المشفوع، (أو) باع (بعضه) – أي: بعض شقصه منها – (قبل علمه) ببيع شريكه؛ (فعلى شفعته)؛ لأنها ثبتت له حين باع شريكه، ولم يوجد منه ما يدل على عفوه عنها.

(وثبتت) الشفعة (لمشتر أول) وهو الذي لم يعلم الشفيع بشرائه حين باع شقصه (فيما باعه شفيع)، سواء أخذ منه ما اشتراه بالشفعة أو لا؛ لأنه شريك في الرقبة؛ أشبه المالك الذي لم يستحق عليه شفعة، وإن باع شفيع جميع حصته بعد علمه ببيع شريكه؛ سقطت شفعته.

(وتبطل)؛ أي: تسقط الشفعة (بموت شفيع لم يطلب) الأخذ بها (مع قدرة) أو إشهاد مع عذر؛ لأنها نوع خيار شرط للتمليك أشبه القبول، فانه

لو مات من يريد القبول بعد ايجاب صاحبه لم يقم وارثه مقامه في القبول ، ولأنا لا نعلم بقاءه على الشفعة ؛ لاحتمال رغبته عنها ، ولا ينتقل الى الورثة ما شك في ثبوته. و(لا) تسقط الشفعة بموت شفيع (بعد طلبه) - أي : المشترى بها - (أو بعد إشهاد به) - أي : الطلب -(حيث اعتبر) الإشهاد ، كمرض شفيع أو غيبته عن البلد ، (وتكون) الشفعة اذا مات بعد ذلك (لورثته كلهم بقدر إرثهم) كسائر حقوقه ؛ لأن الطلب ينتقل به الملك للشفيع . ذكره غير واحد منهم الموفق والشارح والسامري وابن رجب وغيرهم . ولا فرق في الوارث بين ذي الرحم والزوج والمولى المعتق وعصبته المتعصبين بأنفسهم وبيت المال ، فيأخذه الإمام بها اذا لم يكن ثَمَّ وارث خاص يستغرق بفرض أو تعصيب أو رد أو رحم . صرح به الأصحاب . (فان ترك بعضهم) - أي : الورثة - حقه من الأخذ بالشفعة ؛ (فكما مر) من أنه يتوفر الحق على باقي الورثة ، ولم يكن لهم إلا أن يأخذوا الكل أو يتركوا الكل؛ لأن في أخذ البعض وترك البعض اضراراً بالمشتري ، لكن على المذهب من أن الشفيع يملك الشقص بالطلب لا يتأتى العفو بعده ، بل ينتقل الشقص الى الورثة كلهم على حسب إرثهم قهراً عليهم ، ويؤخذ ثمنه من التركة كسائر الديون .

(ولو بيع شقص له شفيعان ، فعفا أحدهما) عن الشفعة ، (وطلب الآخر ، ثم مات الطالب ؛ فورثه) الشريك (العافي) عن الشفعة ؛ (فله أخذ الشقص بها) - أي : بالشفعة - لأن عفوه أولاً عن حقه الثابت بالبيع لا يسقط حقه المتجدد بالإرث ، واذا حققت النظر فالملك قد انتقل الى الطالب بالطلب ، ثم انتقل الى وارثه وراثة . فقوله : فله الأخذ إنما هو مجاراة للخصم ، وإلا فهو ينتقل اليه قهراً .

تنبيه : ثلاثة يسقط حقهم قبل أن يطالبوا : الشفيع والمتبايعان بالخيار والمقذوف .

(فصل : ويملك الشقص) المشفوع (شفيع مليء بلا حكم) حاكم ؛ لأنه حق ثبت بالإجماع ، فلم يفتقر الى حكم حاكم ؛ كالرد بالعيب (بقدر ثمنه) الذي استقر عليه شراؤه ؛ لحديث جابر مرفوعاً : « هو أحق به بالثمن » . رواه الجوزجاني في المترجم . ولأن الشفيع إنما استحق الشقص بالبيع ، فكان مستحقاً له بالثمن كالمشتري . لا يقال الشفيع استحق أخذ الشقص بغير رضى مالكه ، فكان ينبغي أن يأخذه بقيمته ؛ كالمضطر الى طعام غيره ؛ لأن المضطر استحقه بسبب حاجته ، فكان المرجع في بدله الى قيمته ، والشفيع استحقه بالبيع ، فوجب أن يكون بالعوض الثابت به (المعلوم) للشفيع ؛ لأن الأخذ بالشفعة أخذ بعوضها ، فاشترط أن يعلمه باذل قبل الإقدام على التزامه ؛ كمشتري المبيع ، وحيث تقرر هذا فإن كان الثمن من المثليات كالدراهم والدنانير أو غيرهما من المثليات كالحبوب والأدهان ، فإن الشفيع (يدفع) لمشتر (مثل) ثمن (مثلي) — أي : قدره من جنسه — (بمعياره الشرعي) ؛ لأن هذا مثل من طريق الصورة والقيمة ، فكان أولى مما سواه ، ولأن الواجب بدل الثمن ، فكان مثله كبدل القرض والمتلف . ويدفع لمشتر (قيمة) ثمن (متقوم) من حيوان وثياب ونحوها ؛ لأنها بدله في الإتلاف ، والمراد قيمته وقت الشراء ؛ لأنه وقت استحقاق الأخذ ، والاعتبار بزيادة القيمة أو نقصها بعد ذلك ، وإن كان في البيع خيار اعتبرت القيمة عند لزومه ؛ لأنه حين استحقاق الأخذ . ويأتي . (فان تعذر) على شفيع مثل (مثلي) ؛ بعدمه فعليه (قيمته اذن) — أي : يوم إعوازه ؛ لأنها بدله في الاتلاف ، (أو) تعذرت (معرفة قيمة) ثمن (متقوم) بتلف أو نحوه ؛ فعلى شفيع (قيمة شقص) مشفوع إذن ؛ لأن الأصل في عقود المعاوضات أن يكون العوض فيها بقدر القيمة ؛ لأنها لو وقعت بأقل أو أكثر لكانت محاباة والأصل عدمها .

(ويتجه) أنه اذا تعذرت معرفة قيمة الشقص (يوم عقد) ؛ لأنه وقت استحقاق الأخذ وهو متجه [1].

(وإن جهل ثمن) – أي : قدره – كما لو كان صبرة نقد ، فتلفت ، أو اختلطت بما لا تتميز منه ، (ولا) حيلة في ذلك على إسقاط الشفعة ؛ (سقطت) كما لو علم قـدر الثمن عند الشراء ثم نسي ؛ لأن الشفعة لا تستحق بغير بدل ، ولا يمكن أن يدفع اليه مـا لا يدعيه : فإن اتهمه الشفيـع بأنه فعل ذلك تحيلاً على إسقاط الشفعة ؛ حلفه على نفي ذلك ؛ لاحتمال صدق الشفيـع . وإن جهل الثمن (معها) – أي : الحيلة – فعلى شفيـع (قيمة شقص)، ويأخذه ؛ إذ الظاهر أنه أبيـع بقيمته .

(ولا يلزم المشتري تسليم شقص) للشفيـع (قبل قبض ثمنه) ؛ لأن الشفعة أمر قهري والبيـع عن رضى ، (وإن عجز شفيع) عن دفع ثمن الشقص المشفوع – (ولو) كان عجزه (عن بعض ثمنه) – لأن في أخذه بدون دفع جميـع الثمن إضراراً بالمشتري ، ولا يزال الضرر بالضرر .

والعجز المسقط لها إنما يعتبر (بعد إنظاره) بالثمن من حين أخذه بالشفعة (ثلاثاً) – أي : ليال – بأيامهن على الصحيح من المذهب حتى يتبين عجزه. نص عليـــه ، وجزم به في «الرعاية الصغرى» و «المحرر» و «الحاوي الصغير» و «النظم» و «تذكرة ابن عبدوس» ؛ لأنه قد لا يكون معه تعد ، فيمهل بقدر ما يعده فيه ، والثلاث آخر حد جمع القلة ، ويمكن الاعداد فيها غالباً ، (ولو) كان الشفيـع (مفلساً)، لاحتمال تحصيل الثمن باتهاب أو غيره ، فان مضى عليه الأمد ، ولم يأت بالثمن ؛ (فلمشتر) لم يرض بتأخير الثمن حيث عجز الشفيع عنه أو هرب ، وقد أخذ [الشقص] بالشفعة (الفسخ) ؛[لأنه تعذر عليه الوصول

---

(١) أقول : قال الجراعي : ولا فرق بين ما ذكر وما تقـــدم إذا كان معلوما ، وتعذر مثل المثلي . انتهى . وصرح بما في الاتجاه الشيخ عثمان وغيره . انتهى .

الى الثمن ، فملك الفسخ ؛ كبائع بثمن حال تعذر وصوله اليه بلا حكم] حاكم ؛ لأن الأخذ بالشفعة لا يقف على حكم الحاكم ؛ فلا يقف فسخ الأخذ بهاعليه ؛ كفسخ غيرها من البيوع وكالرد بالعيب .

(ولو أتي) الشفيع (له) – أي : المشتري (برهن) على الثمن – ولو كان الرهن محرزاً – (أو أتى بضامن) له فيه – ولو ملياً – لأن الضرر بتحصيل الثمن حاصل معها ، والشفعة لدفع الضرر ؛ فلا تثبت معه ، ولأن المشتري لا يلزمه تسليم الشقص قبل قبض ثمنه . قال في « التلخيص » وغيره : وفرق بينه وبين البيع .

(ومن) أخذ الشقص بالشفعة ، و (بقي) ثمنه (بذمته حتى فلس) ؛ أي : حجر عليه الحاكم لفلَس ؛ (خير مشتر بين فسخ) للأخذ بالشفعة أو إمضائه ، (وضرب مع الغرماء) بالثمن كالبائع اذا أفلس مشتر، (و)ثمن (مؤجل) أخذ به المشتري الشقص، ولم يدرك الشفيع الأخذ حتى (حل) على مشتر كثمن (حال)؛ أي : كما لو اشترى به حالاً ، قال في «الفروع»: (وإلا) يحل الثمن المؤجل قبل أخذ الشفيع الشقص بالشفعة ، فانه يأخذه به (الى أجله إن كان) الشفيع (مليئاً) – أي : قادراً – (أو كفله) فيه كفيل (مليء). نص عليه وعليه الأكثر؛ لأنه تابع للمشتري في الثمن وصفته ، والتأجيل من صفاته ، وينتفي عنه الضرر بكونه مليئاً ، أو كفيله مليء ، واذا أخذه بالثمن مؤجلاً ، ثم مات هو أو مشتر، فحل على أحدهما لم يحل على الآخر .

(ويتجه والا) يكن الشفيع مليئاً ؛ (فسخ) المشتري عقد التملك بالشفعة (إن لم يوثقه) الشفيع بكفيل مليء ؛ اذ التوثقة شرط للزوم التملك كالملاءة ، وهو متجه . [1]

---

(١) أقول : قال الجراعي : وعليه يمهل في ذلك ثلاثا كما في الحال . انتهى . ولم أر من صرح به ، وهو ظاهر ومراد ، بل مفهوم كلامهم ، وفي كلام بعضهم ما هو كالصريح فيه ، وقول المصنف إن لم يوثقه أي برهن . انتهى .

[(ويعتد) في قدر ثمن] (بما زيد) في قدر ثمن (بما زيد) فيه زمن خيار مجلس أو شرط ، (أو حط) منه (زمن خيار) ؛ لأن زمن الخيار بمنزلة حالة العقد ، والتغيير يلحق بالعقد فيه ؛ لأنها على اختيارهما فيه ، ولأن حق الشفيع إنما يثبت إذا لزم العقد ، فاعتبر القدر الذي لزم العقد عليه ، ولأن الزيادة بعد لزوم العقد هبة والنقص إبراء، فلا يثبت شيء منها في حق الشفيع.

(ويصدق مشتر بيمينه) فيما إذا اختلف هو والشفيع (في قدر ثمن) اشترى به الشقص حيث لا بينة ؛ (لمباشرته) العقد ، وهو أعرف بالثمن ، ولأن الشقص ملكه ؛ فلا ينتزع منه بدون ما يدعي به من قدر الثمن من غير بينة ، (و) كذا (لو) كان الثمن (قيمة عرض) اشترى به الشقص، وقال الشفيع: قيمته عشرون . وقال المشتري : بل ثلاثون ؛ فالقول قول المشتري في قدر قيمة العرض المشترى به بيمينه حيث لا بينة ؛ لما تقدم . ومحل ذلك حيث لم يكن العرض موجوداً ، فإن كان موجوداً عرض على المقومين ليشهدوا بما يعلمونه من قدر قيمته ، ويصدق المشتري بيمينه أيضاً (في جهل قدر ثمن) ، كتصديقه بيمينه في جهل بقيمة العرض المشترى به ؛ لجواز أن يكون اشتراه جزافاً أو بثمن نسي مبلغه ، ويصدق المشتري أيضاً بيمينه في (أنه غرس أو بنى) في الأرض التي منها الشقص المشفوع فيما إذا أنكر الشفيع أنه أحدث ذلك ؛ لأنه ملك المشتري والشفيع يريد تملكه عليه ، فكان القول قول المالك (إلا مع بينة شفيع ؛ فيعمل بها .

(وتقدم) بينة شفيع (على بينة مشتر) إن أقاما بينتين ؛ لأنها بمنزلة بينة الخارج .

(ولا تقبل شهادة بائع لواحد منها) - أي الشفيع أو المشتري - لأنه متهم، ويقبل عدل وامرأتان أو شاهد ويمين، (وإن قال) مشتر لشقص: (اشتريته بألف وأثبته) - أي : الشراء - (بائع بأكثر) من ألف ؛ (أخذه) - أي:

الشقص – (شفيع بألف) ؛ لأن المشتري مقر له باستحقاق أخذه بألف ؛ فلم يستحق الرجوع بأكثر ، ولأن دعوى المشتري تتضمن دعوى كذب البينة ، ولأن البائع ظلمه فيما زاد على الألف ؛ فلا يحكم للمشتري على الشفيع بما زاد على الألف ، وإنما حكم به للبائع ؛ لأنه لا يكذبها . (فإن قال) مشتر : صدقت البينة (وغلطت) أنا (أو نسيت أو كذبت ؛ لم يقبل) رجوعه عن قوله الأول ؛ لأنه رجوع عن اقرار تعلق به حق غيره ؛ أشبه ما لو أقر له بدين .

(وإن ادعى شفيع) على من انتقل إليه شقص كان لشريكه (شراءه) – أي : الشقص المشترى – قائلا إنك اشتريت هذا الشقص (بألف) فلي الشفعة احتاج إلي تحرير الدعوى ، فيحدد المكان الذي منه الشقص ، ويذكر قدره وثمنه ، فان اعترف غريمه وجبت الشفعة ، وإن أنكر الشراء (فقال : بل اتهبته أو ورثته) ، فلا شفعة لك فيه ؛ (حلف) عليه ، ولا شفعة ؛ لأن الأصل معه ، والمثبت للشفعة البيع ، ولم يتحقق ، (فان نكل) عن اليمين ثبتت ، (أو قامت لشفيع بينة) بالبيع ثبتت ، (أو أنكر) مدعى عليه الشراء (أو أقر بائع) به (ثبتت) الشفعة ؛ لثبوت موجبها ، وحتى انتزع منه الشقص ، وأبى قبض الثمن ، فانه (يبقي الثمن حتى في) المسألة (الأخيرة إن أقر بائع بقبضه) – أي الثمن – مما انتزع منه الشقص (في ذمة شفيع) متعلق بيبقى ؛ لوصول كل منهما الى مقصوده بدون المحاكمة (حتى يدعيه مشتر) ، فيدفع إليه ؛ لأنه لا مستحق له غيره ، ولا يكون إنكارَ المشتري للبيع مسقطاً لحقه ؛ لئلايلزم أخذ الشفيع الشقص من غير عوض . (وإن لم يقر بائع بقبضه) الثمن في المسألة الأخيرة (أخذ) الشفيع (هو – أي : الشقص – منه) – أي من البائع – (ودفع إليه الثمن) ؛ لأنه معترف بالبيع الموجب للشفعة ، والمشتري ينكره ، فأخذ باقراره ؛ لأنه أقر بحقين حق للشفيع وحق للمشتري ، فاذا سقط حق المشتري بانكاره ثبت حق الآخر .

(ولو ادعى شريك) في عقار فيه الشفعة (على) إنسان (حاضر بيده نصيب شريك الغائب أنـــه) ـ أي : الحاضر ـ (اشتراه) ـ أي : الشقص ـ (منه) ـ أي : من الغائب ـ (وأنه) ـ أي : المدعي ـ (يستحقه) ـ أي :الشقص ـ (بالشفعة ، فصدقه) المدعى عليه (أخذه) ؛ أي : أخذ المدعي الشقص ممن هو بيده على حصته بمـا سبق من أنها بقدر الملك ، وليس المراد أخذه كاملاً الا أن يكون المدعى عليه غير شريك لهما ، لأن من بيـــده العين يصدقه في تصرفه فيما هو بيده ، (و كذا لو ادعى) الشريك على حـــاضر (إنك[1] بعت نصيب الغائب باذنه ، فقال : نعم) ، فان للمدعي أخذ الشقص بالشفعة، (فاذا قدم) الغائب ،(وأنكر) الإذن في البيـع (حلف) ؛ لأن الأصل عدمه، (وأخذ شقصه) ، وطلب بالأجرة من شاء منهما ، (ويضمن الشفيـع) ؛ أي : يستقر عليه الضمان ؛ لأن المنافع تلفت تحت يده .

تتمة : وإن ادعى الشريك على الوكيل أنك اشتريت الشقص الذي في يدك ، فأنكر ، وقال : انما أنا وكيل فيه أو مستودع له ؛ فالقول قوله مع يمينه ، فان نكل قضى عليه ؛ لأنه لو أقر لقضي عليـــه ، فكذلك اذا نكل ، قدمه في «المغني» .

(فصل : وتجب الشفعة فيما) ـ أي : في شقص ـ (ادعى) مشتر (شراءه لموليه) ـ أي : لمحجوره ـ لأن الشفعة حق ثبت لإزالة الضرر، فاستوى فيـه جائز التصرف وغيره ، وقبل اقرار وليه فيه بعيب في مبيعه ، و كذا لو قال مشتري الشقص : انمـــا اشتريته لفلان الغائب ؛ فان الشفعة تثبت ، ويأخـذه الحـاكم ، ويدفعه الى الشفيـع ، ويكون الغائب على حجته اذا قدم ؛ لأننا لو وقفنـا الأمر في الشفعة الى حضور المقر له لـكان في ذلك اسقاط الشفعة ؛ لأن كل مشتر يدعي أن الشراء لغائب ، وأما اذا أقر المدعى عليه بمجرد الملك لموكله الغائب أو المحجور ، ثم أقر بالشراء بعـــد ذلك ؛ لم تثبت الشفعة حتى يقوم

---

(١) قوله : إنك بكسر همزة إن ، لأنه أريد من الجملة لفظها ، فتكون إن في الابتداء تقديراً .

بالشراء بينة، أو يقدم الغائب ، أو ينفك الحجر عن المحجور، ويعترفا بالشراء؛ لأن الملك إنما ثبت لهما بالإقرار ، فإقراره بالشراء بعد ذلك اقرار في ملك غيره ؛ فلا يقبل . وإن لم يذكر سبب الملك لم يسأله الحاكم عنه ، ولم يطالب ببيان ؛ لأنه لو صرح بالشراء لم يثبت به شفعة ، فلا فائدة في الكشف عنه . ذكره في «المغني» .

و (لا) تثبت الشفعة (مع خيار مجلس أو) مع خيار (شرط قبل انقضائه) ـ أي : الخيار ـ سواء كان للمتبايعين أو لأحدهما ؛ لما في الأخذ من إبطال خياره والزام المشتري بالعقد قبل رضاه بالتزامه وإيجاب العهدة عليه ، وتفويت حقه من الرجوع في غير الثمن إن كان الخيار له .

تنبيه : بيع المريض ـ ولو مرض الموت المخوف ـ كبيع الصحيح في الصحة وفي ثبوت الشفعة وغيرها من الأحكام المترتبة على البيع ؛ لأنه مكلف رشيد ، لكن في المحاباة تفصيل يأتي بيانه في عطية المريض ، ويأخذ الشفيع الشقص المشفوع بما صح البيع فيه اذا كان فيه محاباة من المريض على ما يأتي .

(وعهدة شفيع) فيما اذا ظهر الشقص مستحقاً أو معيباً ، وأراد الشفيع الرجوع بالثمن أو الأرش (على مشتر) ؛ لأن الشفيع ملكه من جهته ، فرجع عليه ؛ لكونه كبائعه ، ولأن الشفعة مستحقة بعد الشراء وحصول الملك للمشتري ؛ فكانت العهدة عليه ، والعهدة في الأصل كتاب الشراء ، والمراد بها هنا رجوع من انتقل الملك اليه من شفيع أو مشتر على من انتقل عنه الملك من بائع أو مشتر بالثمن أو الأرش عند استحقاق الشقص أو عيبه ، فإذا ظهر الشقص مستحقاً ، رجع الشفيع على المشتري بالثمن ، ثم اشترى على البائع ، وإن ظهر الشقص معيباً ، واختار الشفيع الإمساك مع الأرش ، رجع بالأرش على المشتري ، ثم المشتري على البائع ؛ لما تقدم .

فائدة : فان علم المشتري العيب عند البيع ولم يعلمه الشفيع عند الأخذ؛ فلا شيء للمشتري ، وللشفيع الرد وأخذ الأرش ، وإن علمه الشفيع ولم يعلمه المشتري ؛ فلا رد لواحد منها ولا أرش .

[و] محل كون العهدة للشفيع على المشتري إن (أقر) المشتري (بالبيع) - أي : بشرائه الشقص ، (فان أنكر) مشتر الشراء - ولا بينة به - (وأخذ الشقص من بائع) مقر بالبيع ؛ فالعهدة إذن (عليه) - أي : على بائع - لحصول الملك للشفيع من جهته . قاله الزركشي. قال في «الإنصاف» : وهو واضح. كما أن (عهدة مشتر) على بائع ، (فان أبى مشتر) لشقص مشفوع (قبض مبيع) ليسلمه لشفيع (خوف العهدة ؛ أجبره حاكم) على قبض الشقص ؛ لأن القبض واجب ليحصل حق المشتري من تسليمه ، ومن شأن الحاكم أن يجبر الممتنع . وهذ المذهب اختاره القاضي [وابنه أبو الحسين والشريفان أبو جعفر والزيدي والقاضي يعقوب والشيرازي] وأبو الحسن بن نكروس ، (وقال أبو الخطاب) في «الهداية» : (قياس المذهب) لا يجبر الحاكم المشتري على قبض الشقص المبيع وتسليمه للشفيع ، بل الذي يقتضيه قياس المذهب أن يأخذ الشفيع الشقص من البائع ، ويكون كأخذه من المشتري (للزوم العقد في) بيع (العقار وصحة تصرف مشتر فيه) - أي : المبيع - (بدون قبضه) بنفس العقد والدخول في ضمانه به. صححه الحارثي، واختاره الموفق، ولذلك قال المصنف : (ويتجه وهو) - أي : ما قاله أبو الخطاب - (أصوب)؛ لأنه للقواعد أقرب، لكن الأول هو المذهب[1] .

(وإن ورث اثنان شقصاً) عن أبيها ونحوه ، (فباع أحدهما نصيبه) للآخر أو غيره ؛ (فالشفعة) في المبيع (بين) الوارث (الثاني) الذي لم يبع ، وبين

---

(١) أقول : ذكره الجراعي ، وقرر نحوا مما قرره شيخنا ، ولم أر من صرح به من المتأخرين . انتهى .

(شريك مورثه) على قدر ملكيها ؛ لأنها شريكان حال ثبوت الشفعة ،فكانت بينها كما لو تملكاها بسبب واحد ؛ لأنها تثبت لدفع ضرر الشريك الداخل على شركائه بسبب شركته ، وهو موجود في حق الكل ، وكذا لو اشترى اثنان نصف دار ، ثم اشترى اثنان نصفها الآخر ، أو ورثاه ، أو اتهباه ، أو وصل اليها بسبب ما من أسباب الملك ، فباع أحدهما نصيبه. أو ورث ثلاثة داراً، فباع أحدهم نصيبه من اثنين ، ثم باع أحد المشتريين نصيبه ؛ فالشفعة بين جميع الشركاء، وكذا لو مات رجل، وخلف ابنتين وأختين، فباعت إحدى الابنتين نصيبها أو إحدى الاختين ؛ فالشفعة بين جميع الشركاء .

(ولا شفعة لكافر حال بيع) على مسلم ، سواء أسلم بعد البيع أو لم يسلم ؛ لقوله عليه الصلاة والسلام : « لا شفعة لنصراني » . رواه الدارقطني في كتاب العلل بإسناده عن أنس رضي الله عنه ، ولأنه معنى يختص العقار فأشبه الاستعلاء في البنيان ، يحققه أن الشفعة إنما تثبت للمسلم دفعاً للضرر عن ملكه ، فقدم دفع ضرر المشتري ، ولا يلزم تقديم دفع ضرر المسلم على المسلم تقديم دفع الضرر لذمي ، فإن حق المسلم أرجح ، ورعايته أولى ، ولأن ثبوت الشفعة في محل الاجتماع على خلاف الأصل ؛ رعاية لحق الشريك المسلم ، وليس الذمي في معنى المسلم ،فيبقى فيه على مقتضى الأصل ،وتثبت الشفعة للمسلم على الذمي ؛ لعموم الأدلة ، ولأنها اذا لم تثبت للمسلم على الذمي مع عظم حرمته فلأن تثبت على الذمي مع دناءته أولى .

(و)لا شفعة لمبتدع (مكفر ببدعة على مسلم) ؛ لما تقدم. وأهل البدع الغلاة كالمعتقد أن جبريل غلط في الرسالة الى النبي صلى الله عليه وسلم، وإنما أرسل الى علي ونحوه ، وكمن يعتقد ألوهية [علي] ؛ لأنها اذا لم تثبت للذمي الذي يقر على كفره فغيره أولى ، وكذا حكم من حكم بكفره من الدعاة الى القول بخلق القرآن ونحوه ، ويأتي في الشهادات قولهم ويكفر مجتهدهم الداعية . وتثبت

الشفعة لمن حكمنا باسلامه منهم كالفاسق بالأفعـــال من زنا ولواط وشرب خمر ونحوه .

فائدة : ذكر لأحمد عن الشافعي أنه قال : ليس للرافضة شفعة فضحك وقال : أراد أن يخرجهم من الإسلام .

(ويتجه ثبوتها) - أي : الشفعة - (لمجوسي) وهو من يعبد النار (على كتابي) يهودي أو نصراني، ومن تدين بالتوراة والإنجيل على اختلاف أنواعهم، فتثبت الشفعة للكافر - ولو كان البائع للشقص المشفوع مسلماً - لاستوائها ، (و) لأن (الكفر هنا) - أي : في باب الشفعة - (ملة) واحدة ، ولأن الشفيع يأخذ الشقص من المشتري المساوي له ، لا من البائع ، ولو تبايع كافران بخمر أو خنزير أو نحوهمــا وتقابضا قبل إسلامها وترافعا الينا ؛ لم ينقض البيع ، وكذا سائر تصرفاتهم ، ولا شفعة ؛ لأن الثمن ليس بمـــال ، وهو متجه (١) .

(ولا) شفعة (لمضارب على رب المال إن ظهر ربح) ، لأنه يصير له جزء من مال المضاربة ، فلا تثبت له على نفسه (كأن يكون له) - أي : للمضارب - (شقص في دار)ولا تنقسم إجباراً ، (فيشتري) المضارب (بمال المضاربة بقيتها) - أي : الدار - ، (وإلا بأن) لم يظهر ربح(وجبت) الشفعه ؛ لأنه أجنبي.

(ولا) شفعة (لرب المال على مضارب كأن يكون لرب المال شقص في دار فيشتري المضارب بمالها) - أي : مال المضاربة (بقيتها) ؛ لأن الملك لرب المال ، فلا يستحق الشفعة على نفسه .

(ولا) شفعة (لمضارب فيما) - أي : شقص - (باعه من مالهـــا) - أي : المضاربة - (وله) - أي : المضارب - (فيه) - أي : الذي منه الشقص المبيع -

---

(١) أقول : قال الجراعي : وهو مفهوم إطلاقهم . انتهى . ولم أر من صرح ، وهو ظاهر ؛ لأن قولهم : وتثبت لذمي على ذمي شامل لما بحثه المصنف . انتهى .

(ملك لتهمته) أشبه شراءه من نفسه ، (وله)ـ أي : المضارب ـ (الشفعة فيما)؛ أي: في شقص ـ (بيع) ؛ أي : باعه مالكه الأجنبي لأجنبي من مكان فيه الشفعة (شركة لمال المضاربة إن كان) في أخذه (حظ) كـكونه بدون ثمن مثله ؛ لأنه مظنة الربح ، (فإن أبى) مضارب أخذه بالشفعة (أخذ بها) ـ أي : الشفعة ـ (رب المـال) ؛ لأن مال المضاربة ملكه ، والشركة حقيقة له ، ولا ينفذ عفو مضارب عنها ؛ لأن الملك لغيره أشبه العبد المأذون له في التجارة .

وتثبت الشفعة للسيد على مكاتبه ؛ لأن السيد لا يملك ما في يده ولا يزكيه ولهذا جاز أن يشتري منه، بخلاف العبد المأذون ، وإن كان عليه دين فلا شفعة لسيده عليه ؛ لأنه لا يصح شراؤه منه ؛ لأن ما بيده ملك لسيده .

تتمة : وتثبت الشفعة لكل من البدوي والقروي على الآخر ؛ لعموم الأدلة، واشتراكهما في المعنى المقتضي لوجوب الشفعة .

﴿ باب الوديعة ﴾

الوديعة : وهي فعيلة من ودع الشيء اذا تركه ؛ لأنها تكون متروكة عند المودع ، وقيل مشتقة من الدعة ، فكأنها عند المودع غير مبتذلة للانتفاع بها ، وقيل من ودع الشيء اذا سكن واستقر، فكأنهـا ساكنة عند المودع . قال الأزهري : وسميت وديعة ـ بالهاء ـ لأنهم ذهبوا بها الى الأمانة ، والأصل فيها الكتاب والسنة والإجماع .

أما الكتاب فقوله تعـالى : « إن الله يأمركم أن تؤدوا الأمانات الى أهلها » [1] وقوله تعالى : « فان أمن بعضكم بعضاً فليؤد الذي ائتمن أمانته »[2].

---

(١) سورة النساء ، الاية : ٥٨ (٢) سورة البقرة ، الاية : ٢٨٣

وأما السنة فما روى أبو هريرة أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : « أد الأمانة الى من ائتمنك ، ولا تخن من خانك » رواه أبو داود والترمذي ، وقال حديث حسن، وروي عنه علية الصلاة والسلام : « أنه كانت عنده ودائع فلما أراد الهجرة أودعها عند أم أيمن ، وأمر علياً أن يردها الى أهلها».

وأما الإجماع فأجمع كل عصر على جواز الايداع والاستيداع، والعبرة تقتضيها لحاجة الناس اليها، فانه يتعذر على جميعهم حفظ أموالهم بأنفسهم، ويحتاجون الى من يحفظها لهم .

ثم الوديعة شرعاً (المال) أو المختص ككلب الصيد (المدفوع) من جائز التصرف (إلى من) ؛ أي : إلى انسان جائز التصرف (يحفظه) ، فخرج بقيد المال أو المختص الكلب الذي لا يقتنى والخمر ونحوهما مما لا يحترم ، وبقيد المدفوع ما ألقته الريح الى دار من نحو ثوب وما أخذه بالتعدي ، وبقيد الحفظ العارية ونحوها .

(ويتجه) حفظ المال المودع (ولو بعوض) يؤخذ على حفظه ، وعليه يدخل الاجير لحفظ المال ، (خلافاً « للمنتهى ») فانه قال: الوديعة المال المدفوع الى من يحفظه بلا عوض ، وقال في «الإنصاف» نقلاً عن « الفائق » : الوديعة عبارة عن توكل لحفظ مال غيره ، ونقل عن «الرعاية الصغرى» أنها عقد تبرع بحفظ مال غيره ، ولم أر لغيره هذا الاتجاه ولا ما يؤدي معناه [1].

(والإيداع التوكيل) من رب المال (في حفظه) حال كون الحفظ (تبرعاً) من الحافظ ، (والاستيداع التوكل) من إنسان (في حفظه) ـ أي : حفظ مال غيره ـ (كذلك) ـ أي : تبرعا ـ (بغير تصرف) في المال المحفوظ ؛ لعدم الإذن

---

(١) أقول : وكذا قرر الجراعي ، ولم أر من صرح به ، بل ظاهر كلامهم يخالفه؛ لأنه اذا كان بعوض فهو إجارة ، الا أن يقال مراد المصنف بعوض يعني من غير عقد ، بل على سبيل التبرع والاكرام ، فهي بذلك لاتخرج عن كونها وديعة ، وليست إجارة ، فتأمله . انتهى .

في التصرف بغير الحفظ ، ويكفي القبض قبولاً للوديعة ؛ كالوكالة .

(ويعتبر لهـــا) ـ أي : للوديعة لعقدها ـ (أركان وكالة) ؛ أي : ما يعتبر فيهـــا من كون كل منهما جائز التصرف ، وتعيين وديـع ونحوه ؛ لأنها نوع منها .

(وتبطل) الوديعة (بما تبطل به وكالة) ، إلا اذا عزله المالك ، ولم يعلم بعزله ، ولو عزل نفسه ؛ فهي بيده بعد ذلك أمانة حكمها في يده حكم الثوب اذا أطارته الريح الى داره يجب رده الى مالكه .

(ويستحب قبولها) ـ أي : الوديعة ـ (لمن يعلم من نفسه الأمانة)؛ أي : أنه ثقة قادر على حفظها ؛ لقوله عليه الصلاة والسلام «والله في عون العبد ما كان العبد في عون أخيه » . قال في «المبدع» : ويكره لغيره الا برضى ربها. قال في شرح «الإقناع» : ولعل المراد بعد إعلامه بذلك إن كان لا يعلمه لئلا يغره.

(وهي) ـ أي : الوديعة ـ (أمانة) بيد المودع (لا تضمن) ؛ أي : لا يضمنها المودع ؛ لمـــا روى عمرو بن شعيب عن أبيـــه عن جده أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : « من أودع وديعة فلا ضمان عليه » . رواه ابن ماجة ، ولأن المستودع يحفظها لمالكها ، فلو ضمنت لامتنع الناس من الدخول فيها ، وذلك مضر؛ لما فيه من مسيس الحاجة اليها (بلا تعد) من الوديـع (أو تفريط) ـ أي : تقصير في حفظ الوديعة ـ فيضمنها ؛ لأن المتعدي متلف لمال غيره ، فضمنه ؛ كما لو أتلفه من غير إيداع ،والمفرط متسبب بترك ما وجب عليـــه من حفظهـــا .

(ولو تلفت من بين ماله) سواء ذهب معهـــا من ماله شيء أو لا ، وما روي عن عمر أنه ضمن أنساً وديعة ذهبت من بين ماله محمول على التفريط .

(ويلزمه) ـ أي : الوديـع ـ (حفظها) ـ أي : الوديعة ـ بنفسه أو وكيله أو من يحفظ ماله عادة كزوجة وعبد كما يحفظ ماله (في حرز مثلها

عرفاً) ؛ إذ المقصود من الإيداع الحفظ ، والاستيداع التزام ذلك ، فاذا لم يحفظها لم يفعل ما التزمه (كحرز سرقة) ؛ لقوله تعـالى : (إنّ الله يأمركم أن تؤدوا الامانات الى أهلها)[1] ولا يمكن ذلك إلا بالحفظ . قال في «الرعاية»: من استودع شيئاً حفظه في حرز مثله عاجلاً مع القدرة ، والا ضمن . وإن شرط رب الوديعة ضمانها على الوديع ؛ لم يصح الشرط ، ولم يضمنها ؛ لأنـه شرط ينافي مقتضى العقد ؛ فلم يصح . أو قال الوديـع : أنا ضامن للوديعة؛ لم يضمن ما تلف منها من غير تعد ولا تفريط ؛ لأن ضمان الأمانات غير صحيح ، وكذلك ما أصله الأمانة كالرهن والعين المؤجرة والموصى بنفعهـا ، فلا يصح شرط ضمانها ولا ضمانها .

(ولا يضر نقلها) ـ أي : الوديعة ـ (من حرز مثلهـا) لحرز (مثله) ـ أي : مثل الحرز الأول ـ (ولو) نقلها الى حرز (دون) الحرز الأول ؛ لأن صاحبها رد حفظها الى رأيه واجتهاده ، وأذن له في إحرازها بمـا شاء من إحراز مثلها ، ولهذا لو تركهـا في الثاني أولاً ؛ لم يضمنها ، فكذلك اذا نقلها اليه ، (فإن عينه) ـ أي : الحرز ـ (ربها) ـ أي : الوديعة ـ بأن قال : احفظها بهذا البيت أو الحانوت فأحرزها بدونه) ـ أي : دون المعين رتبة في الحفظ ـ . (ويتجـه ولو أنه) ـ أي : الحرز الذي جعلها فيه ـ (حرز مثلها) ، وهو متجه[2] ، فضاعت ، (ضمن) لأنه خالف المالك في حفظ ماله ، ولأن بيوت الدار تختلف ، فمنها ماهو أسهل نقباً ونحوه مما له أثر؛ فيضمنها بوضعها في غيره . (ولو ردها) للحرز (المعين) بعد ذلك وتلفت فيه ؛ فيضمنها ؛ لتعديه بوضعها في الدون ، فلا تعود أمانة إلا بعقد جديد، (و)إن أحرزها (بمثله) ـ أي : بحرز مثل الذي عينه صاحبها في الحفظ ـ (أو) أحرزها بحرز (فوقه) ؛ لم يضمن ،

---

(١) سورة النساء ، الآية : ٥٨

(٢) أقول : ذكره الجراعي وصرح به الشيخ عثمان . انتهى .

(ولو) أخرجها (لغير حاجة) ؛ لأن تعيينه الحرز إذن فيما هو مثله؛ كمن اكترى أرضا لزرع حنطة ؛ فله زرعها وزرع مثلها في الضرر ، واقتضاء الإذن فيما هو أحفظ من باب أولى؛ كزرع ما هو دون الحنطة ، (أو زادها إقفالاً) ؛ لم يضمن؛ لأنه زاده خيراً . (ولو نهاه) عن احرازها بمثل المعين أو فوقه أو عن نقلها مما عين له أو عن زيادة الإقفال ، وفعل ؛ (لا يضمن) ؛ لأنـــه لا يعد مفرطاً . قال الحـارثي : ولا فرق فيما ذكر بين الجعل آو لا في غير المعـــين ، وبين النقل اليه .

(ولو تلفت) الوديعة (بسبب نقل كانهدام ما) ـ أي محل نقلت إليه ـ ذكره الأصحاب خلافاً لصاحب « التلخيص » ولو كانت العين في بيت صاحبها ، فقال الآخر (احفظها ببيتي موضعها) ، ولا تنقلها (فنقلها) من موضعها (لا لخوف) عليها ، ضمنها ، لأنه ليس بوديع بل وكيل في حفظهـا ، فليس له إخراجها من ملك صاحبها ولا من موضع استأجره لها الا أن يخاف عليها ، فعليـه إخراجها لأنه مأمور بحفظها ، وقد تعين حفظها في إخراجها ، ويعلم أن صاحبها لو حضر في هذه الحال أخرجها ، ولأنه مأمور بحفظها على صفة ، فـإذا تعذرت الصفة لزمه حفظها ؛ كالمستودع إذا خاف عليها (واذا نهـــاه)؛أي: نهى المودع الوديع (عن إخراجها) من المكان الذي عينه لحفظها (فأخرجها) وديع منه(لحرز مثـل أو) لحرز (أعلى) من حرز المثل (أو) لحرز (دونه لعذر) بأن تعذر وجود حرز خير منه، (ويلزمه) اخراجها ، فأخرجها (لغشيان) نار أو سيل أو (شيء الغالب منه) التوي بالمثناة الفوقية أي: (الهلاك) ـ فتلفت؛ (لم يضمن) ماتلف بنقلها . ذكره في « المغني » و « الشرح» ، واقتصر عليه الحارثي ، لأنه إذن أحفظ وليس في وسعه سواه (وان تركها) في الحرز الذي عينه ربهـــا (إذن) أي مع غشيان ما الغالب منه الهلاك ، فتلفت ؛ ضمن سواء تلفت بالامر المخوف أو غيره ، لانه مفرط به ، (أو أخرجها) ـ أي: الوديعة ـ من المكان

الذي عينه ربها ، ونهاه عن اخراجها منه (لغير خوف) ويحرم إخراجها إذن ولو) كان إخراجه إياها لحرز (أعلى) من الحرز الذي عينه له المالك (فتلفت مطلقاً) سواء أخرجها إلى مثله أو أحرز منه؛ (ضمن) لأنه خالف ربها لغير فائدة ، فكان متعدياً بذلك،بخلاف ما إذا لم ينهه (فإن) عين رب الوديعة حرزاً أو (قال) للوديع (لاتخرجها) منه (وإن خفت عليها ، فحصل خوف فأخرجها) خوفاً عليها ؛ لم يضمنها ، لأنه زيادة خير وحفظا(أولا)؛ أي : أو لم يخرجها مع الخوف ، فتلفت مع إخراجها وتركه؛ (لم يضمنها) الوديع لأنه ان تركها فهو ممتثل أمر صاحبها ، لنهيه عن إخراجها مع الخوف ؛ كما لو قال له أتلفها فأتلفها . وإن أخرجها فقد زاده خيراً وحفظاً، كما لو قال له أتلفها فلم يتلفها . والحكم في إخراجها من الخريطة أو الصندوق كالحكم في اخراجها من البيت فيما تقدم تفصيله .

(وإن) أودعه بهيمة ولم يأمره ربها بعلفها ولا سقيها ، لزمه ذلك ، لأنه من كمال الحفظ ، بل هو الحفظ بعينه ؛ لأن العرف يقتضي علفها وسقيها ؛ لانه من حفظها ، فإن (لم يعلفها) الوديع أو لم يسقها(حتى ماتت) جوعاً أو عطشاً ؛ (ضمنها) بالتفريط في حفظها وتعديه به بترك ماأمر به عرفاً أو نطقاً (إلا إن نهاه) - أي:الوديع - (مالك) عن علفها وسقيها ، فتركه حتى ماتت ، فلا يضمن الوديع ،لأن مالكها أذن باتلافها ، فامتثل كما لو أمره بقتلها، فقتلها (ويحرم) على الوديع ترك علفها وسقيها حتى مع الأمر بتركها ، لحرمتها في نفسها فيجب احياؤها لحق الله تعالى .

(ويتجه ويرجع منفق) على بهيمة نهاه مالكها عن علفها وسقيها (إذن) أي حيث قلنا بوجوب ذلك عليه(إن نواه) أي:الرجوع ، ومحل ذلك(مع تعذر إستئذان مالك)البهيمة في الإنفاق عليها إما الغيبة أو استتاره وهو متجه[1]

---

(١) أقول : هو مصرح به . انتهى .

وإن قدر الوديع على صاحب البهيمه أو وكيله طالبه بالانفاق عليها ، أو ردها عليه أو على وكيله أو طالبه بالاذن في الانفاق عليها ليرجع به ؛ لأن النفقة على الحيوان واجبة على ما لكه فإن عجز عن صاحبها وعن وكيله أو لم يقدر على أن يتوصل إلى أحدهما ليطالبه بالانفاق عليها أو استردادها أو أن يأذنه في النفقة؛ أنفق المستودع عليها (ولو لم يستأذن حاكماً أمكن) إستئذانه بل نوى الرجوع فقط؛ فله الرجوع جزم به في «المنتخب» واختاره ابنه عبدوس في « تذكرته » وصححه الحارثي وصاحب «الرعاية الصغرى» «والحاوي الصغير» و«الفائق»، قال في « الانصاف»: وهو الصواب (خلافاً له) ؛ أي: لصاحب «الاقناع » فإنه قال: وإن كان؛ أي: انفق مع إمكان اذن الحاكم ولم يستأذنه بل نوى الرجوع؛ لم يرجع ويقبل قوله ـ أي : الوديع ـ (في قدر ما أنفق) بأن قال الوديع أنفقت عشرة. قال ربها بل ثمانية فالقول قول الوديع بيمينه إذا ادعى النفقة (بمعروف)؛ لأنه أمين، وإن ادعى الوديع زيادة عن النفقة بمعروف؛ لم تقبل دعواه لمنافاة العرف لها .

تتمة : وإن اختلفا في قدر مدة الانفاق بأن قال ربها: انفقت منذ سنة ، فقال المستودع: بل من سنتين؛ فقول صاحبها بيمينه؛ لأن الأصل براءة ذمته مما ادعاه عليه من المدة الزائدة .

(ويلزم) الوديع (علف بهيمة ولو لم يؤمر)؛ أي: ولو لم يأمره ربها (به) ـ أي : العلف ـ لأن للحيوان حرمة في نفسه توجب تقديمه على قضاء الدين أحياناً (خلافاً للمنتهى فيما يوهم) من أنه إذا لم يأمر مالك البهيمة الوديع في علفها وسقيها ؛ لم يلزمه، وعبارته: وإن أمره به لزمه وقد تقدم كل قوله. وإن لم يعلف البهيمة حتى ماتت ؛ ضمنها ؛ لأن الحيوان لا يبقى عادة بدون العلف وظاهره مطلقاً ، سواء أمر الوديع بذلك أو لم يؤمر ، وهذا هو العدل .

فائدة : لو خاف على الثوب العث وجب عليه نشره ، فإن لم يفعل وتلف؛

ضمنه، وإن قال رب وديعة لوديع: (اتركهافي جيبك فتركهافي يده)أو تركها (في كمه)؛ ضمنه لأن الجيب أحرز وربما نسي فسقطت من يده أو كمه، (أو قال اتركها في كمك فتركها في يده) ؛ضمنها؛ لأن اليد يسقط منها الشيء بالنسيان بخلاف الكم، (أو عكسه) بأن قال: اتركها في يدك، فتركها في كمه؛ ضمنه ؛ لأن الكم يتطرق اليه البط ، بخلاف اليد فكل منها أدنى من الآخر من وجه فضمن لمخالفته (أو أخذها) - أي: الوديعة - الوديع (بسوقه) أو أمر - بالبناء للمجهول ؛ أي: أمره مالكها - (بحفظها في بيته ، فتركها) الوديع عنده (لحين مضيه) إلى منزله أو فوق مايمكنه الذهاب بها ، فتلفت قبل أن يمضي بها إلى بيته ؛ (ضمن)؛ لأن البيت أحفظ لها ، وتركها فوق مايمضي بها تفريطه .

و(لا)يضمن الوديع (إن قال) له المودع : (اتركها في كمك أو) قال له: اتركها في (يدك) لانه أحرز (أو القاها)؛أي: الوديع (عندهجوم نحوناهب) كقاطع طريق (لاخفاء لها)؛ فلا يضمن؛ لانه عادةالناس في حفظ أموالهم ،(ومع اطلاق) بأن لم يأمره بوضعها في شيء بعينه (يضعها أين شاء من نحوكم ويد) كجيب مزرور أو ضيق الفم ، لا إن كان الجيب واسعاً غير مزرور فإنه يضمن، ذكره المجد في شرحه،وإن شدها في كمه أو في عضده أو تركها في كمه مودعاً ثقيلاً حيث يشعر به إذا سقط بلا شد؛لم يضمنه حيث لم يعين ربه حرز لجريان العادة به ، وإن تركها في وسطه وشد عليها سراويله ؛ لم يضمن إن ضاعت؛ لأنه لايعد مفوطاً ، وإن أمره رب الوديعة أن يجعلها في صندوق وقال له لاتقفل عليها ، أو لا تنم فوقها ، فخالفه وقفل عليها الصندوق ، أو نام عليها ؛ فلا ضمان عليه ؛ لانه محسن ، أو قال : اجعلها في صندوق ؛ ولا تقفل عليها إلا قفلا واحداً فجعل عليها قفلين ، فلا ضمان عليه ، لما تقدم .

(و) إن قال مودع لوديع : (اجعل) هذا (الخاتم في البنصر فجعله في الخنصر) - بكسر الصاد فيها - فضاع ؛(ضمنه لا عكسه) بأن قال: اجعله في

الخنصر ، فجعله في البنصر ؛ فلا يضمنه ؛ لانها أغلظ فهي أحرز ، (إلا أن انكسر) الخاتم (لغلظها) - أي : البنصر - فيضمنه لإتلافه له بما لم يأذن فيه مالكه ، وإن جعله في الوسطى ، وأمكن ادخاله في جميعها، فضاع لم يضمنه ، وإن لم يدخل في جميعها، فجعله في بعضها ضمن، لانه أدنى من المأمور به (أو جعله - أي : الخاتم - (في أنملتها) - أي : أنملة البنصر - (العليا) وكذا الوسطى ولم يدخله في جميعها ، ضمن ، لانه دون المأمور به (و) إن قال رب الوديعة : (احفظها في هذا البيت ولا تدخله أحداً، فخالف) بأن جعلها في البيت، وأدخل اليه قوماً (فتلفت) الوديعة (بنحو حرق) كنهب (وسرقة - ولو من غير داخل) اليه - (ضمن) لان الداخل ربما شاهد الوديعة في دخوله البيت وعلم موضعها وطريق الوصول اليها ، فسرقها ، أو دل غيره عليها ، وقد خالف مالكها بإدخاله ، أشبه ما لو نهاه عن اخراجها ، فأخرجها لغير حاجة، اختاره ابن عقيل والموفق ومال اليه الشارح ، وجزم به في « المنتهى » لمخالفته .

(فرع : يتجه لمودع بيع وديعة) تعذر على وديع ردها لمالكها أو وكيله والحاكم ثقة حيث (خاف عليها) التلف، (بل يجب) بيعها (مع خوف تلف) وحفظ ثمنها الى حضور ربها ، لان حفظ الاموال مطلوب ، فإن لم يفعل وتلفت ضمنها ؛ لتفريطه وهو متجه[1] .

تتمة : ولو أمر رب الوديعة الوديع أن يجعلها في منزله ، فتركها في ثيابه وخرج بها ؛ ضمنها؛ لان البيت أحرز لها ، ولو أمره بشدها مما يلي الجيب، فشدها

---

(١) أقول : قال الجراعي : وهو اتجاه حسن ، لكن بقوله يجب نظر ؛ إذ مفهومه أنه اذا لم يبعها يضمنها ، ولا قائل به ، فانه قد تقدم أنه لو نهاه عن اخراجها وخاف عليها المتلف ، ولم يخرجها ، فانه لايضمن ، وما ذكره لو قيس به فانه لو لم يبعها لايلزمه شيء ؛ لأنه غير مأمور به . انتهى . قلت : فيما قاله الجراعي نهي صاحبها عن إخراجها ، وليس في الاتجاه شيء من ذلك ، فيفرق بينهما، ولم أر من صرح به ، ولا بما قاله شيخنا ، فان لم النع وهو بمقتضى القواعد وله نظائر ، فتأمله . انتهى .

من الجانب الآخر ؛ ضمن ، وان أمره بشدها بما يلي الجانب الآخر فشدها مما يلي الجيب ؛ لم يضمن ؛ لانه أحرز، وان أمره بشدها على عضده مطلقاً أو أمره بحفظها معه ، فشدها من أي الجانبين كان ؛ لم يضمن ؛ لانه ممتثل أمر مالكها محرز لها بحرز مثلها ، وان شدها على وسطه فهو أحرز لها ، وكذلك ان تركها في بيته في حرزها .

(فصل: وان دفعها) ـ أي : الوديعة ـ (الى من يحفظ ماله) ـ أي : المستودع ـ (عادة) أو دفعها إلى من يحفظ مال ربها (كزوجته وعبده وخادمه) ونحوهم كخازنه ، وتلفت ؛ لم يضمن ؛ لانه قد وجب عليه حفظها فله توليه بنفسه وبمن يقوم مقامه ؛ كما لو دفع الماشية الى الراعي ، والبهيمة الى غلامه ليسقيها، ولقيامهم مقام المالك في الرد، أو دفعها (لعذر) كمن حضره الموت أو أراد سفراً وليس السفر أحفظ لها (الى أجنبي ثقة)؛ لم يضمن،(و)حكم دفع المستودع الوديعة (الى شريكه) نفسه أو شريك ربها في غيرها أو فيها كحكم دفعها (لأجنبي) محض ، فإن كان بلا عذر ، ضمن ، ولعذر وهو ثقة ؛ لم يضمن ، أو دفعها (لحاكم) فتلفت ؛ (لم يضمن)؛ لانه لم يتعد ، ولم يفرط ، والقاعدة أن من قبض من يد الامناء بغير اذن المالك في حالة يجوز اقباضها فأمانة عند الثاني ، قاله ابن رجب (والا) يكن له عذر حين دفعها الى الاجنبي المحض ، وهو الذي ليس له فيها شريك ، ولا هو ممن يحفظ ماله عادة؛ (ضمن) لتعديه ؛ لانه ليس له أن يودع بلا عذر ؛ كما لو نهاه عند ايداعها ، ولانه أمره بحفظها بنفسه فلم يرض لها غيره، (ولمالك) الوديعة اذن (مطالبة الاجنبي أيضاً) ببدل الوديعة ؛ لانه قبض ماليس له قبضه أشبه المودع من الغاصب (وعليه) أي: الاجنبي (القرار) ـ أي : قرار الضمان ـ (ان علم) الحال ، لتعديه ، ولان التلف حصل عنده ، وقد دخل على أن يضمن ، وان لم يعلم الحال فله تضمين

لاول ، وليس للاول الرجوع على الثاني . لأنه دخل معه في العقد على أنه أمين لا ضمان عليه .

(ويتجه وكذا) حكم (كل أمانة) كعارية وعين مرهونة وما بيد وكيل ومضارب اذا دفعها من هي بيده من غير عذر الى أجنبي ، وتلفت ، فمع علم الاجنبي يضمن ؛ لحصول التلف عنده ، ومع جهله الحال لايضمن ، لدخوله على أنها أمانة .

(و)يتجه (أن الحاكم لايطالب) ببدل أمانة دفعت اليه وتلفت عنده بلا تفريط (الا مع علم)بالحال فقط ، بخلاف الاجنبي ، فانه يطالب بالبدل علم الحال أو لم يعلم، لكن عليه القرار ان علم ، وهو متجه[1] .

(وان دل) وديع (لصاً) على الوديعة، فسرقها(ضمنا) ـ أي : الوديع واللص ـ أما الوديع ،فلمنا فات دلالته الحفظ المأمور به، أشبه ما لو دفعها لغيره وأما اللص،فلأنه المتلف لها، (وعلى اللص القرار)؛لمباشرته ووجود التلف في يده.

(وله) ـ أي : الوديع ـ (الاستعانة بأجنبي في حمل ونقل)من موضع الى آخر (وسقي وعلف دابة) ذكره الموفق وغيره، واقتصر عليه الحارثي .

(و) له (السفر بوديعة) ـ ولو مع حضور مالكها نصاً ـ فلا يضمنها ان تلفت معه،سواء كان به ضرورة الى السفر أولا (خلافاً لها) ـ أي : « للمنتهى » و «الإقناع» ـ (فيما يوهم) امتناع السفر بها مع حضور مالكها ، ومحل ذلك (إن كان) السفر بها (أحفظ لها) ـ أي : الوديعة ـ (ولم ينهه) ربها عن السفر بها ، فإن نهاه امتنع عليه السفر بها، فإن سافر بها ؛ ضمن لمخالفته ، [(ولم يفاجأ

---

(١) أقول : ذكرها الجراعي ، وأقرها وقال : وهو مأخوذ من مفاهيم كلام الاصحاب . انتهى . قلت : ولم أر من صرح بذلك والامر فيها انها يؤخذان من كلام الاصحاب في مواضع ، فتأمل، وقول المصنف وكذا كل أمانة ظاهره أن التفصيل الجاري في الوديعة يجري فيا ذكره المصنف، فاختصار شيخنا على بعضه غير ظاهر ، فتدبر. انتهى.

البلد عدو) ، فإن فجأه عدو ، أو جلا أهله ، أو حدث فيه حريق أو غريق ، وأراد السفر بها ؛ تعين عليه ذلك ؛ لأنه موضع حاجة ، فإن تركها] إذن ؛ [وتلفت] فإنه يضمن ؛ لتركه فعل الأصلح ، صححه في «الإنصاف» وعبارة «المنتهى» : ولا يسافر بها ، وإن لم يخف عليها أو كان أحفظ لها «المنقح» والمذهب بلى ؛ أي : له السفر بها والحالة هذه ، قال شارحه ؛ أي : ان لم يخف عليها في السفر ، ونص عليه مع حضوره انتهى[1]. وعبارة «الإقناع» وله السفر والحالة هذه ان لم يخف عليها السفر بها ، فإن سافر بها ؛ ضمن ، وما قالاه تبعا فيه الموفق في ثاني قوليه في «المغني» . وما قاله المصنف تبع فيه القاضي وابن عقيل والمقدم في «النظم» و «الفروع» و «المغني» و «الشرح» ونصراه . قال في «الإنصاف» : وهو المذهب [وإلا] يكن السفر أحفظ لها، أو استوى الأمران، أو نهاه المالك عن السفر بها ، أو فجأ البلد عدو ؛ (دفعها لمالكها) الحاضر (أو من يحفظ ماله عادة) كزوجته وخازنه (أو وكيله في قبضها كحاضر خاف عليها) ؛ لأن في ذلك تخليصاً له من دركها وإيصالاً للحق الى مستحقه ؛ وامتنع عليه السفر بها ، (فإن تعذر) على الوديع المريد للسفر دفعها الى مالكها أو من يقوم مقامه؛ فعليه دفعها (الحاكم) مأمون ؛ لأن في السفر بها عذراً ؛ لأنه عرضة للنهب وغيره، ولأن الحاكم يقوم مقام صاحبها عند غيبته ، وظاهره أنه اذا أودعها مع قدرته على الحاكم أنه يضمنها ، (وإلا) بأن لم يكن ثم حاكم ، أو كان ، وتعذر دفعها اليه ؛ لكونه غير مأمون ، أو دفعها اليه ، ولم يقبلها ؛ فعليه دفعها (لثقة) ؛ لفعله عليه الصلاة والسلام لما أراد أن يهاجر أودع الودائع التي كانت عنده لأم

---

(١) أقول : ثم نقل شيخنا عبارة « الإقناع » وغيره ، وقرر في ذلك مالا يخفى على المتأمل ، وأما الجراعي فقرر أن ما قالاه هو عين ما قاله المصنف . قلت : المصنف تابع « للتنقيح » وجزم به أيضاً في « الإقناع » لكن فيه ما يوم خلاف ذلك « كالمنتهى » فتأمل . انتهى .

أمين ، وأمر علياً رضي الله عنه أن يردها الى أهلها ؛ (كمن) - أي : كوديع - (حضره الموت) ؛ لأن كلًا من السفر والموت سبب لخروج الوديعة عن يده ، (أو دفنها) - أي : الوديعة - إن لم يضر بها الدفن ،(وأعلم) بها (ساكناً) بالدار التي دفنها بها إن كان (ثقة) ؛ لحصول الحفظ به ، وإعلام الثقة كإيداعه ،(فإن) دفنها ، ولم (يعلمه) - أي : الساكن - (أو كان) من أعلمه (غير ساكن) في الدار ، أو كان من أعلمه غير ثقة (١) . قال شيخنا : أو دفنها خارج الدار ، ولو رآه أحفظ لها ، فضاعت ، ضمنها الوديع ؛ لأنه فرط في الحفظ بعدم إعلامه أحداً ؛ لأنه قد يموت في سفره ، أو يضل عن موضعها ؛ فلا تصل لموضعها ، واذا أعلم غير ثقة ربما أخذها ، ومن لا يسكن الدار لا يتأتى حفظه ما فيها ، ولم يودعه اياها ، ولا يمكنه حفظها .

(ولا يضمن مسافر أودع) - بالبناء للمجهول - وديعة في سفره ، (فسافر بها) الوديع ؛ أي : أتم سفره ، (فتلفت في السفر) ؛ لأن إيداع المالك في هذه الحالة يقتضي الإذن في السفر بها .

(ومن تعدى) في وديعة كانت دابة ، (فركبها) لغير نفعها ؛ كركوبه (لا لسقي) الدابة أو علفها ، وله الاستعانة بالأجانب في ذلك وفي الحمل والنقل ، أو كانت الوديعة ثياباً ، (فلبسها ونحوه) ؛ كافتراشه فرشاً (لا لخوف عث) - بضم العين - جمع عثة سوسة تلحس الصوف ، وكاستعماله آلة صناعة من خشب لا لخوف من الأرضة ؛ بطلت أمانته .

(ويضمن) وديع ثياب نقصها بحصول عث بها (إن لم ينشرها) ؛ لأنه مفرط ، (ويتجه) أن الوديع يضمن ما تلف أو نقص من الوديعة بسبب عث ، (ما لم يقل) له مالكها : (لا تنشرها) - أي : الثياب أو الفرش - (وإن خفت عليها) ؛ لتضمن نهيه الإذن في إتلافها ، وكذلك اذا كانت الوديعة آلة صناعة

---

(١) أقول : قول شيخنا قال شيخنا مراده به الشيخ أحمد البعلي . انتهى .

من خشب ، ونهاه عن استعمالهـــا ، فتركها حتى أكلتها الأرضة ؛ فلا يضمنها؛ لامتثاله أمر مالكها المتضمن لذلك ، وهو متجه[1]. (أو أخرج الدراهم) أو الدنانير المودعة (لينفقها) ، أو ليخون فيها ، (أو) أخرجها (لينظر اليها) شهوة الى رؤيتها ، (ثم ردها) الى وعائها ـ ولو بنية الأمانة ـ بطلت أمانته ، وضمن؛ لتصرفه في مال غيره بغير إذن ، (أو كسر) الوديع (ختمها ، أو حل كيسها) من غير إخراج ؛ ضمنها ؛ لهتكه الحرز ، أو كانت مصرورة في خرقة ، ففتح الصرة ، أو مقفولة فأزال قفلها ؛ ضمن سواء أخرج منها شيئاً أو لا ؛ لتعديه ، (أو جحدها) ـ أي : الوديعة ـ (ثم أقر بها) ؛ ضمن ؛ لأنه بجحدهـا خرج عن الاستئمان عنها،فلم يزل عنه الضمان بالإقرار بها؛لأن يده صارت يد عدوان ، أو منعها مالكها بعد طلبه لها أو وليه أو وكيله الثابتة وكالته بالبينة أو بعد التمكن من دفعها الى طالبها الشرعي ؛ ضمن ؛ لأن يده عادية إذن بمنعها ، (أو خلطها) ـ أي : الوديعة ـ بما لا تتميز منه كزيت بزيت أو شيرج ، (ولو) كان المخلوط (نقداً بنقد) كدراهم بدراهم أو دنانير بدنانير (لا يتميز) بعضه من بعض ؛ (بطلت أمانته فيما تعدى) فيه (فقط) ، ولو كان التعدي بشيء مما سبق في احدى عينين مودعتين ، وكان فعل ما تقدم بغير اذن المالك ؛ بطلت الوديعة، وضمن الوديع ، لأنه صيرها في حكم التالف ، وفوت على نفسه ردها؛ أشبه ما لو ألقاها في بحر ، وسواء خلطها بماله أو مال غيره مثلها أو دونها أو أجود منها ، (و) حيث بطلت ؛ (وجب ردها فوراً) ؛ لأنها أمانة محضة ، وقد زالت بالتعدي.

---

(١) أقول:قال الجراعي كما لو قال مالكها لاتخرجها وان خفت عليها، فانه لايضمن بعدم إخراجها،وكذا هنا ، وعليه لو خاف عليها العث فنشرها فتلفت ؛ فانه لايضمن ؛ لأنه زيادة خير وحفظ فلم يضمن به؛ كما لو قال له أتلفها فلم يتلفها حتى تلفت؛ فانه لايضمن ، وهو قياس حسن . انتهى . ولم أر من صرح به ، وهو ظاهر ، ولعله مراد من أطلق. انتهى.

(ولا تعود وديعة) بعد التعدي فيهـــا (بغير عقد متجدد) ولبطلان الاستئمان بالعدوان .

(ولا ضمان) على وديـع (بنية تعد) في الوديعة ، بل لا بد من قول أو فعل، وهو صحيح ، وهو المقطوع به عند الاصحاب. قاله في «الإنصاف» لأنه لم يخن فيهـا بقول ولا فعل ، فلم يضمنها كالذي لم ينو ، وفارق الملتقط بقصد التمليك ، فإنه عمل فيها بأخذها ناوياً للخيانة فيها ، فوجب الضمان بفعله المنوي، لا بمجرد النية ، ولو التقطها قاصداً لتعريفها ، ثم نوى بعد ذلك إمساكها لنفسه كانت كمسألتنا ، ولو أخرجها بنية الاستعمال ، ولم يستعملها ؛ ضمنها ؛ لأنـــه تعدى بإخراجها ، أشبه ما لو استعملها . قاله في «المغني».

[تتمة : وإن خلط الوديعة غير الوديـع] بمـا لا تتميز منه ، فالضمان على الخالط دون الوديـع ؛ لوجود العدوان من الخالط ، ومتى جدد الوديـع استئمانا ؛ برىء ، فإن تلفت بعد ؛ لم يضمن ؛ لأنه لم يتعد في الاستئمان الذي تلفت فيه، والأول قد زال ، أو أبرأه المالك من الضمان بتعديه ؛ برىء ، فلا يضمنها إن تلفت بعد ؛ لإمساكه إياها باذن ربها ، وزال حكم التعدي بالبراءة ، ونقل مهنا عن رجل استودع عشرة دراهم ، واستودعه آخر عشرة ، وأمره أن يخلطها ، فخلطها ، فضاعت الدراهم ؛ فلا شيء عليه ، فان أمره أحدهما بخلط دراهمه ، ولم يأمره الآخر ؛ فعليه ضمان دراهم من لم يأمره دون الأخرى ، وإن خلطها بمتميز كدراهم بدنانير ، أو دراهم بيض بسود أو بر بشعير أو عدس ؛ لم يضمن ؛ لإمكان التميز ؛ فلا يعجز بذلك عن ردهـا ؛ فلم يضمنها كما لو تركها في صندوق فيه أكياس له .

(وصح) قول مالك لوديع ؛ (كلما خنت ثم عدت للأمانة فأنت أمين) ؛ لصحة تعليق الإيداع على الشرط كالوكالة، (و) إن قال رب مال لوديـع : (رده) — أي : المال — (غدا وبعده) — أي : بعد غد — (يعود) المـال (وديعة)

عندك (تعين) على الوديع (رده غدا) امتثالاً ، فان أخر رده عن الغد ، وتلف ضمن ، لمخالفته ، ولا يعود أمانة بعد رده إلا بعقد جديد ؛ لبطلان العقد بمجرد الرد .

فائدة : ومن استأمنه أمير على ماله ، فخشي من حاشيته إن منعهم من عادتهم المتقدمة ؛ لزمه فعل ما يمكنه ، وهو أصلح للأمير من تولية غيره فيرتع معهم ، لا سيما وللأخذ شبهة .. قاله الشيخ تقي الدين .

(ولو اختلطت) الوديعة (لا بفعله) – أي : الوديع – بأن تدحرجت بنفسها أو بفعل حيوان كهر ونحوه ، (فضاع) من الوديعة (البعض) ؛ فالضائع (منه) – أي : من مال الوديع – والباقي من الوديعة ، نص عليه ، بخلاف ما اذا تلف الكل ؛ فلا ضمان على الوديع .

(وإن أخذ) الوديع (درهماً) بلا اذن من وديعة غير مختومة ولا مشدودة ولا مصرورة ، (ثم رده) ، وتلفت ؛ ضمنه وحده ، أو أخذ منها درهما ، ثم رد (بدله متميزاً) ، وضاعت ضمنه وحده . (أو أذن) المالك للوديع (في أخذه) درهماً منها ، فأخذه ، و (رد بدله بلا إذنه) – أي : المالك – (فضاع الكل ؛ ضمنه) – أي : الدراهم – (وحده) ؛ لأن الضمان تعلق بالأخذ ، فلم يضمن غير ما أخذه ،بدليل ما لو تلف في يده قبل رده ، (ما لم تكن) الوديعة دراهم (مختومة أو مشدودة) أو مصرورة ، فان كانت كذلك ؛ ضمن الجميع لهتك الحرز بغير إذن ربه ، (أو) يكن البدل الذي رده (غير متميز) ، وضاعت الوديعة ، (فيضمن الجميع) ؛ لخلطه الوديعة بما لا تتميز منه ، كما لو لم يدر أيها ضاع ، هل هو المردود أو غيره من الوديعة ؟ فيضمنه ، لان الاصل عدم براءته ، (ويضمن) وديع (بخرق كيس) فيه وديعة (من فوق شد) – أي : رباط – (أرشه) – أي : الكيس – (فقط) – أي : دون ما في الكيس –

لانـه لم يهتك حرزه ، ويضمن بخرقه (من تحته) - أي : الشد - (أرشه وما فيه) ان ضاع ؛ لهتكه الحرز .

(ومن أودعه صغير) مميز أو لا ، (ويتجـه أو) أودعه (مجنون أو أودعه سفيه) ، وهو متجه[1] . (وديعة) ؛ [لم يبرأ] الوديع من صغير ونحوه (إلا بردها لوليه) في ماله؛ كدينه الذي له عليه، وتقدم في الحجر (ويضمنها) قابضها من الصغير ونحوه (إن تلفت مطلقاً) ، تعدى أو فرط أو لا ؛ لتعديه بأخذها؛ لانه لا تسليط من المالك ، وقد تلف بغير حق ؛ فضمنه ؛ لانه إتلاف يستوي فيه الكبير والصغير والعمد والسهو كما تقدم في الحجر ، وأوضحه في شرح «الإقناع» بحثا ، (ما لم يكن) المحجور عليه لحظه مميزاً (مأذوناً له) في الإيداع، (أو يخف) الآخذ (هلاكها معه) إن تركها ، (فأخذها لحفظها) حتى يسلمها لوليه حسبة ؛ فلا ضمان عليه كمال (ضائع وموجود في مهلكة) اذا أخذه لحفظه لربه، وتلف قبل التمكن من رده ؛ فلا ضمان عليـه بأخذه ؛ لقصده به التخلص من الهلاك ، فالحظ فيه لمالكه ، و (كأخذه) مالاً (مغصوباً) من الغاصب (تخليصاً له ليرده لمالكه) ، فتلف قبل التمكن من رده ؛ لم يضمنه؛ لانه محسن .

(ويتجـه باحتمال) قوي (وكذا) لو وجد إنسان (ما) - أي : حيواناً (حرم التقاطه) ؛ لامتناعـــه من صغار الباع (بضيعة) - أي : فلاة بعيدة من العمران ، (وعلم ربه) - أي : مالكه - (فأخذه ليحفظه لربه) ، وتلف ، لا يضمنه ؛ لانـــه صنع معروفاً ، فلا يجازي بضده ، وهو متجه . لكن المذهب خلافه[2] .

---

(١) أقول : صرح به م ص في شرح « الاقناع » وغيره . انتهى .

(٢) أقول : ذكره الجراعي ، وأقره ، وهو مصرح به في باب اللقطة والجعالة ، وقول شيخنا : لكن النخ غير ظاهر ؛ لأنه فيا إذا لم يعلم مالكه وأخذه على وجه الالتقاط بخلاف ما بحثه المصنف ، فتأمل . انتهى .

(وما أودع) ـ بالبناء للمفعول ـ (ونحوه) بأن أعير ؛ أي : أودعه مالكه ، أو أعاره ، وهو جائز التصرف (لنحو صغير) كمعتوه (ومجنون وسفيه) ، أو أودع (قن) صغير؛ (لم يضمن) ذلك المعار أو المودع (بتلف) في يد قابضه ، ولو حصل التلف منـــه ـ أي : من القابض ـ أو حصل التلف (بتفريطه) ؛ لان المالك يسلطه على الإتلاف بالدفع اليه ، (لكن يضمن ما أتلفه) من وديعة أو عارية (قن مكلف) ومدبر ومكاتب ومعلق عتقه على صفة وأم ولد (في رقبته) اذا أتلفه .

(ويتجه وكذا) يضمنه قن ونحوه (لو فرط) في حفظه حتى تلف ، لانه مكلف فصح استحفاظه ، وبه يحصل الفرق بينه وبين الصبي ، وكونها في رقبته ؛ لان إتلافه من جنايته ، وهو متجه[1].

تنبيه : واذا مات إنسان ، وثبت أن عنده وديعة أو مضاربة أو رهناً ونحوها من الامانات ، ولم يوجد تلك ونحوها بعينها في تركته فهي دين عليه تغرمها الورثة من تركته ؛ لانه لم يتحقق براءته منها؛ كبقية الديون،فان كان عليه دين سواهما ؛ فهما سواء .

(فصل والمودع أمين) لأن الله تعالى سماها أمانة بقوله : « إن الله يأمركم أن تؤدوا الامانات إلى أهلها»[2] (يصدق بيمينه في رد) الوديعة ، لأنه لا منفعة له في قبضها ، فقبل قوله بغير بينة؛ أشبه الوكيل بلا جعل ، ويصدق الوديع في رد (لمالكه)؛ كوكيله في حفظها (وزوجته) ـ أي : المالك ـ وخـــازنه ومن يحفظ ماله عادة ؛ لأن يدهم كيد المالك، فالدفع لهم كالدفع له ، وكذلك لوادعي الوديع الرد (على يدقنه) ـ أي : قن مدعي الرد ـ (أو زوجته أو

---

(١) أقول : صرح به م ص في شرح «الإقناع» وغيره بناء على مقتضى تعليلهم ،وأما بالنظر الى تقييد قولهم إذا اتلفه أنه لا ضمان إلا بالتفريط ، فتأمل . انتهى .

(٢) سورة النساء ، الآية : ٥٨

خازنه) – أي : الوديع – قال في «الإنصاف» لوادعي الأداء على يد عبده أو زوجته أو خازنه فكدعوى الأداء بنفسه انتهى .

(ويتجه) أن الوديع لوادعي الرد على يد حافظه (أو وكيله) نفسه يصدق ؛ لأنه لما كان له حفظها بنفسه وبمن يقوم مقامه كان له دفعها كذلك؛ لأن أيديهم كيده، قاله في« القواعد»، ويقبل قول مدعي الرد بمن ذكر بيمينه وهو متجه . أو كانت دعوى الرد من الوديع (بعد موت ربها) – أي : الوديعة – (إليه) – أي : الى رب الوديعة بأن ادعى ورثة المالك على الوديع بالوديعة ، فقال : رددتها اليه قبل موته ؛ قبل قوله بيمينه؛ كما لو كان المالك هو المدعي وأنكر ، ويصدق الوديع أيضاً بيمينه (في قوله) لمالكها (أذنت لي في دفعها .

(ويتجه أو) أي : ويصدق قوله (أذن لي) مالكها (قبل موته) كدعواه الدفع الى ربها بعد موته ،وهو متجه (في دفعها لفلان أمانة وفعلت)؛ أي : ودفعتها اليه ، وأنكر المالك الإذن في دفعها . نص عليه في رواية ابن منصور . قال في « الإنصاف » وقطع به في « الهداية » و « المذهب » و « مسبوك الذهب » و « المستوعب » و « الخلاصة »و « المغني » و «التلخيص» و « الشرح » و « المحرر » و « الفايق » و « الوجيز » وغيرهم .

(ويتجه) أنه يصدق من ادعى أنه مأذون من قبل المالك قبل موته في الدفع لفلان ، (ولو كذبه فلان) ،فلا يلتفت إلى تكذيبه ؛ لأن الوديع ادعى دفعاً يبرأ به من الوديعة ، فكان القول قوله فيه؛ كما لوادعي ردها إلى مالكها، ولا يلزم المدعى عليه للمالك غير اليمين لما لم يقر بقبضه ؛ وكذا إن اعترف المالك بالإذن في الدفع له ، وأنكر أن يكون دفع له قبل قول الوديع ، ثم ينظر في المدفوع إليه ، فإن أقر بالقبض فلا كلام ، وان أنكر حلف وبرىء، وفاتت على ربها إن كان المدفوع إليه وديعاً ، وإن كان دائناً قبل قوله مع

يمينه ، وضمن الدافع إن لم يشهد ؛ لتقصيره ، صدق المالك أو كذبه ؛ وهذا الاتجاه في غاية الحسن[1] .

ويصدق وديع بيمينه (في) دعوى (تلف) للوديعة (بسبب خفي) كالسرقة ؛ لتعذر إقامة البينة على مثل هذا السبب ، ولأنه لو لم يقبل قوله في ذلك لامتنع الناس من قبول الامانات مع الحاجة إلى ذلك . قال ابن المنذر : أجمع كل من يحفظ عنه من أهل العلم أن المستودع اذا أحرز الوديعة ثم ذكر أنها ضاعت ؛ قبل قوله مع يمينه ، وكذا إن لم يذكر السبب. (أو) دعوى تلف للوديعة بسبب (ظاهر) كحريق وغرق ونهب جيش إن (ثبت وجوده) ببينة شهدت بوجود ذلك السبب في تلك الناحية ؛ قبلت دعواه ، ثم يحلف مع البينة أن الوديعة تلفت بذلك السبب ، فإن عجز عن إقامة البينة بالسبب الظاهر ضمن الوديعة ، لأنه لا تتعذر إقامة البينة به ، والأصل عدمه ، ويكفي في ثبوت السبب الظاهر الاستفاضة . قاله في «التلخيص» و «الرعايتين» و «الحاوي الصغير» وغيرها ، فعلى هذا اذا علمه القاضي بالاستفاضة قبل قول الوديع بيمينه ، ولم يكلف بينة تشهد بالسبب ، ولا يكون القضاء بالعلم ، كما ذكره ابن القيم في الطرق الحكمية في الحكم بالاستفاضة أو بخصوص هذه ، ويصدق الوديع بيمينه أيضاً (في عدم خيانة و) عدم (تفريط وفي حرز مثل) بلا نزاع ، لانه أمين والاصل براءته ، وعلم مما تقدم أنه يجب اليمين على المدعي فيما يقبل قوله فيه .

(وإن ادعى) الوديع (ردها) - أي الوديعة - (لحاكم أو ورثة مالك) لم يقبل إلا ببينة ؛ لانهم لم يأتمنوه ، (أو) ادعى (رد ابعد مطله) أي : تأخير دفعها الى مستحقه (بلا عذر) ثم ادعى تلفاً ؛ لم يقبل الا ببينة ؛ لانه بالمطل بطل الاستئمان ، وكذلك لو ادعي ردا بعد منعه منها ؛ لم يقبل إلا ببينة ؛ لانه صار كالغاصب

---

(١) أقول : ذكره الجراعي ، وأقره ، ولم أر من صرح بالاول ، وهو ظاهر ؛ لأنه لما قبل قوله على المالك مع انكاره ، فكذلك يقبل قوله على الورثة مع إنكارها ، والاتجاه الثاني صريح في كلامهم . انتهى .

(أو وعده) ؛ أي : وعد الوديع المالك (رده) ـ أي : ما أودعــه ـ (ثم ادعاه) ؛ أي: ادعى الوديع الرد ، او ادعى (تلفه قبل وعده) برده [اليه] أو ادعى (ورثته) ـ أي: الوديع ـ(رداً) منهم أو من مورثهم (ولو لمالك) (أو)ادعى ورثةالوديع(أن مورثهم ردها) ـ أي:الوديعه ـ قبل موته؛ (لم يقبل) ذلك إلا ببينة ؛ لانهم غير مؤتمنين عليها من قبل مالكها وكذا لو ادعــاه ملتقط أو من أطارت الريح الى داره ثوباً ونحوه ، فلا يقبل إلا ببينة .

(ويتجه وكذا) في الحكم (كل من يقبل قوله) بيمينه من الامنــاء كالشريك والوكيل مجاناًوالمرتهن ؛ إذ لافرق بينهم وبين الوديع وهومتجه[1].

وإن أنكر الوديع الوديعة بأن (قال لم يودعني (ثم أقر) بالايــداع أو ثبتت عليه الوديعة (ببينة، فادعى رداً أو تلفـا سابقين لجحوده ؛ لم يقبل) منه ذلك ؛ لأنه صار ضامناً بجحوده معترفاً على نفسه بالكذب المنافي للأمانة، (ولو) أتى عليه (ببينة) بالرد أو التلف ، (وأطلقت) البينـة الشهادة ، بأن لم تقل قبل ولا بعد ؛ فلا تسمع ؛ لتكذيبه لها بجحوده ؛ وإن ادعى رداً أو تلفاً بعد جحوده ؛ كما لو ادعى عليه بالوديعة يوم الاحد ، فجحدها ، ثم أقر بها يوم الإثنين ، ثم ادعى أنه ردها أو تلفت بغيرتفريطه يوم الثلاثاء ، وأقام بذلك بينة شاهدين ؛ قبلا ، ولهذا أشير بقوله (ويقبلان) ـ أي الرد والتلف ـ إذا اداهما (بها) ـ أي : بالبينة ـ (بعده) ـ أي : الجحود ـ لانه حينئذ ليس بمكذب لها .

(ولا ضمان) على وديع (بتركها) ـ أي : الوديعة ـ (عنده اختياراً) ـ أي : باختيار ربها بقاءها ـ (بعد ثبوتها) عند الوديع ؛ لانها بإبقاء ربها لها باختياره تعود أمانة (وإن قال) مدعى عليه بوديعة في جوابه (مالك عندي

---

[1] (١) اقول : ذكره الجراعي ، وقرر نحوا مما قرره شيخنا ، وأقره ، ولم أر من صرح به هنا ، وهو ظاهر ومصرح به في أبوابه . انتهى .

شيء ونحوه)؛ كلاحق لك قبلي ، ثم أقر بالإيداع ، أو ثبت ببينة؛ (قبل)منه (بيمينه رد أو تلف سبقا جحوده)؛ لانه ليس بمناف لجوابه ؛ لجواز أن يكون أو دعه ، ثم تلفت عنده بغير تفريط، أوردها، فلا يكون له عنده شيء و(لا يقبل منه دعوي وقوع الرد والتلف (بعده) - أي : بعد جحوده -(بلا بينة) لاستقرار حكمه بالجحود ، فيشبه الغاصب ، وعليه ضمان وديعة تثبت أنها تلفت ببينة ، مالم يكن جدد عقدا بعد الجحود، (و) إن قال إنسان لآخر: (لك عندي وديعة ، ثم ادعى) المقر (ظن البقاء) - أي:قال كنت أظنهاباقية ثم علمت (تلفها، قبل قوله) بيمينه . قال في «الإنصاف » قلت : وهوالصواب (خلافاً له) - أي: لصاحب « الاقناع » في قوله : لو قال لك عندي وديعه ثم ادعى ظن البقاء ، ثم علم تلفها ؛ لم يقبل قوله ، وقد علمت أن المعتمد ماقاله المصنف .

(واذا مات نحو مودع) كوكيل وشريك (ومرتهن ومضارب) وانتقلت نحو الوديعة الى يد من بعده ؛ فالواجب (على وارثه) المنتقل إليه ذلك فوراً من غير تراخ (أحد شيئين ، خلافاً للمنتهى) حيث اقتصر على الرد فقط المفهوم من قوله : وإن تلفت عند وارث قبل إمكان رد؛ لم يضمنها، وإلا ضمن ، فإنه حصر الضمان بالتلف بعد إمكان الرد مع أن صريح كلامهم قاض بوجوب أحد الشيئين ، إما (إعلام مالك) بموت الوديع (أو ردها)؛ كما في « المستوعب » و « المغني » و « المحرر » و « الشرح » (مطلقاً) ؛ أي :سواء كان لردها مؤنة أولا ،(ولا) يجوز لمن هي بيده أن (يمسكها) قبل إعلام ربها بها ؛ لأنه لم يأتمنه عليها ؛ وإنما حصل مال غيره بيده، بمنزلة من أطارت الريح إلى داره ثوباً ، وعلم به ، فإن أخر ذلك مع الإمكان؛ضمن، قاله في الشرح(بلاإذن) من مالكها (لزوال حكم الائتمان) بمجرد موت المورث (فإن تلفت)الوديعة عند وارث (قبل إمكان ذلك) - أي : الإعلام - أو الرد إلى ربها لنحو جهل

بها أو به (لم يضمنها) إذا لم يفرط بلا نزاع ؛ لأنه معذور (وإلا) بأن تلفت بعد إمكان ردها الى ربها أو إعلامه بموت الوديع ، فلم يفعل (ضمن) لتأخر ردها أو الإعلام مع إمكانه وحصولها بيده بلا إيداع ، بخلاف عبد أو حيوان دخل داره وعليه أن يخرجه ليذهب كما جاء ؛ لأن يده لم تثبت عليه ، ذكره ابن عقيل ، واقتصر عليه في « القواعد . » وقوله : (ولا يلزمه الرد فقط خلافاً « للمنتهى ») تصريح بما علم سابقاً وانما كان الواجب عليه أحد الشيئين (لأن مؤنة الرد لاتجب عليه) كالمستأجر (وكذا كل من حصل في يده أمانة بلاائتمان) من صاحبها (كلقطة وثوب أطارته ريح لداره) ، وعلم به ؛ فعليه المبادرة إلى الرد مع العلم بصاحبها والتمكن منه أو إعلامه . ذكره جمع منهم صاحب « المغني » و « المحرر » و « المستوعب » وذكر نحوه ابن عقيل حكما في «القواعد الفقهية» قال في « الإنصاف » وهو مراد غيرهم ، فإن أخر ذلك مع الإمكان ؛ ضمن (وكذا لو عزل نفسه نحو مودع) ـ بفتح الدال ـ كعدل بيده الرهن (ومرتهن ووكيل ومضارب وشريك) فيجب عليه الرد على الفور (ويتجه) على الأمين رد ماذكر لإخراجه نفسه من الائتمان (لا ان عزله) ـ أي :الأمين (مالك) ولم يطلب منه التسليم (خلافاً له) ـ أي : لصاحب « الاقناع » كذا قال ، وعبارة « الاقناع » لو فسخ المالك عقد الائتمان في الأمانات كالوديعة والوكالة والشركة والمضاربة يجب الرد على الفور ؛ بزوال الائتمان ؛ انتهى . وكذلك في « الانصاف » وقال ابن رجب في قواعده : وكذلك حكم الأمانات إذا فسخها المالك كالوديعة والوكالة والشركة والمضاربة يجب الرد على الفور لزوال الائتمان . صرح به القاضي في خلافه ، وسواء كان الفسخ في حضرة الأمين أو غيبته ، وظاهر كلامه أنه يجب فعل الرد ، فإن العلم هنا حاصل للمالك . انتهى . وحاصله أن الأمين إن كان أزال الائتمان بعزله نفسه ، فيجب عليه المبادرة إلى الرد أو الاعلام ، وإن كان العزل صدر من المالك ، وطلب الرد ؛ وجب على

الأمين التمكين من الرد ، قال في «القواعد» فمتى كان المالك عالماً ، ولم يطلب ؛ فلا ضمان اذا لم تكن مؤنة الرد واجبة على من هو عنده ، وهذا حسن. انتهى[1].

تتمة: الأعيان المضمونة تجب المبادرة إلى ردها بكل حال ، وسواء كان حصولها في يده بفعل مباح أو محظور أو بغير فعله ؛ فالأول كالعواري يجب ردها اذا استوفى منها الغرض المستعار له ، قاله الأصحاب ، وهذا اذا انتهى قدر الانتفاع المأذون فيه ، متوجه ، وسواء طالب المالك أو لم يطالب ؛ لأنها من قبيل المضمونات ، فهي شبيهة بالمقبوض ، وكذا حكم المقبوض للسوم والثاني كالمغصوب والمقبوض بعقد فاسد (أو) ؛أي : ويجب على المستأجر رد العين المؤجرة إذا(انقضت اجارة أو) ؛أي :وعلى المرتهن اذا (وفي) – بالبناء للمجهول – (دين برهن) رد الرهن لمالكه . صرح بهما القاضي في خلافه قياساً على الأمانة اذا فسخها المالك ، مع أن القاضي صرح في موضع آخر في خلافه أنه لا يجب على المستأجر فعل الرد . وقال ابن عقيل في الرهن لا يجب فعل الرد ، وقال في « الانصاف » ذكر طائفة من الأصحاب في العين المؤجرة لا يجب على المستأجر فعل الرد ، ومنهم من ذكر في الرهن كذلك انتهى . والعجب من المصنف حيث قطع هنا بوجوب الرد مع أنه ذكر في آخر الاجارة مانصه: فصل: واذا انقضت مدة اجارة رفع مستأجر يده عن مؤجرة ولم يلزمه رده ولا مؤنته كمودع ومرتهن وفي ، وتكون أمانة بيده ، فلا تضمن بلا تفريط ، وقال في « الانصاف »: فائدة: اذا نقضت المدة رفع المستأجر يده عن المأجور ، ولم يلزمه الرد على المذهب مطلقاً ، ولو تلفت بعد تمكنه من رده ، لم يضمنه . جزم به في « التلخيص » في باب الوديعة ، وجزم به في « الحاوي الصغير » لأن الاذن

---

(١) أقول : قوله ويتجه الخ صرح بمعناه في شرح « الاقناع » والحاشية وغيرهما ؛ لأنه اذا عزله المالك لا حاجة الى علامه ، ومؤنة الرد لا تجب على الامين . فقول شيخنا كذا قال ليس في محله ، فتأمله . انتهى .

في الانتفاع انتهى. دون الاذن في الحفظ، ومؤنته كمودع. انتهى. والذي تحرر أن المصنف هنا مشى على المرجوح، والمعتمد ماذكره في الاجارة، فتنبه له[1].

(ويضمن من) ـ أي : وديع ـ (أحرزها) ـ أي : الوديعة ـ بأن لم يمكن مالكها من أخذها (بعد طلب)، فإن أخر الرد بعد طلبها (بلا عذر) في تأخيره ؛ ضمن ان تلفت، أو نقصت كالغاصب، وان طلبها في وقت لا يمكن دفعها اليه بعدها، أو لمخالفة في طريقها أو للعجز عنها وعن حملها ؛ لم يكن متعدياً بترك تسليمها، ولم يضمنها، لعدم عدوان، ومثله من (أخر مالا أمر) ؛ أي : أمره مالكه (بدفعه) الى وكيله (بعد امكان) من دفعه اليه، فلم يفعل حتى تلف ؛ فإنه يضمنه ـ (ولو لم يطلب) الوكيل ذلك ـ لأنه أمسك مال غيره بغير اذن (خلافاً « للمنتهى ») فانه قال : ومن أخر ردها أو مالا أمر بدفعه بعد طلب بلا عذر ؛ ضمن. وما قاله المصنف هو المذهب. صححه في « الفروع » ومشي عليه في « الاقناع ».

(ويمهل) من طولب بوديعة أو بمال أمر بدفعه الى مستحقه (لنحو أكل) ككونه في حمام الى قضاء غرضه (كهضم) طعام (ونوم) الى أن يستيقظ (ومطر وطهر بقدره)، فلا تضمن) الوديعة (بتلف زمنه) ـ أي : العذر ـ لعدم عدوانه.

(وتثبت وديعة حكماً باقرار) وديع ؛ بأن أقر أنها لفلان أو اقرار (وارث) للوديع بعده، أو وجود(نحو بينة) كأمارة ظاهرة، بأن وجد اناء ذهب أو جوهر عند فقير، وادعاه غني معروف باقتناء ذلك ؛ لدلالة القرينة على صدق دعواه، وتؤخذ من تركته، وإن لم توجد بعينها وكان عليه دين

---

(١) أقول : لعله مراد المصنف بقوله أو إجارة أو وفي دين برهن ؛ أي : حكمها كالذي قبلها، إما الرد أو إعلام المالك أي : بانقضاء مدة الإجارة وتوفية الدين، فلهذه المناسبة ذكرهما، فلا يكون مبنيا على مرجوح، فتأمله. انتهى.

سواها فهما سواء إن وفت بهما ، والا تحاصا؛ لأنهما حقان وجبا في ذمته ،فتساويا كالدينين ، وسواء وجد في تركته من جنس الوديعة أو لم يوجد [1] ، وقيل لا يعمل (بخط مورث خلا عنها) - أي : عن الإقرار والبينة ، (خلافاً لهما) - أي : «للمنتهى» و «الإقناع» (وإن لزمه العمل به باطناً مع تحققه) أنه خط مورثه على ما اختاره القاضي في«المجرد» وابن عقيل والموفق كأن وجد مكتوباً على وعاء (هـذا وديعة أو) هذا (لفلان)[2] ؛ لأنه يحتمل أن الوعاء كانت فيه وديعة قبل هذه ، أو كان وديعة للميت عند غيره ونحو ذلك ، وعبارة «المنتهى» ويعمل بخط مورثه على كيس ونحوه هذا وديعة أو لفلان ، وعبارة « الإقناع » وإن وجد خط مورثه لفلان عندي وديعة أو على كيس ونحوه هذا لفلان ، عمل به وجوباً . وقال في «الإنصاف» : وإن وجد خط مورثه لفلان عندي وديعة أو على كيس هذا لفلان عمل به وجوباً على الصحيح من المذهب . قال في«الفروع»: ويعمل به على الأصح. قال الحارثي : هذا المذهب نص عليه من رواية إسحق بن إبراهيم في الوصية ونصره غيره ، وقال : قاله القاضي أبو الحسين وأبو الحسن بن تكروس ، وقدمه في «التلخيص» وهو الذي ذكره القاضي في الخلاف .انتهى . هكذا وجدته في بعض النسخ ، وفي بعضها ويعمل وارث وجوباً (بخط مورث) وجده مكتوباً على كيس أو صندوق أو كتاب ثبت أنه خطه بها - أي : ببينة أو إقرار مورث بذلك[3] - كقوله (هذا وديعة) عندي أو هذا (لفلان) نصاً،

---

(١) أقول : قول شيخنا مفسراً قوله بنحو بينة كامارة الخ لم أر من سبقه اليه ، ولا ما يرشد أو يدل ، وهو سبق قلم ظاهر يظهر للمتأمل مايترتب على ذلك ، وإنما المراد بنحو البينة مسألة الخط الثابت بالإقرار أو البينة ، أو بالبينة على إقرار المورث في حياته ، والبينة المرادة من قوله هي الشاهدة بالإيداع . انتهى .

(٢) أقول : نقل هنا شيخنا عبارة الاصلين وغيرها مؤيداً لها ، ثم قال : هكذا وجدته في بعض النسخ .

(٣) أقول : قول شيخنا مورث صوابه وارث ، فتأمله . انتهى .

وقد علمت أن المذهب ما قالاه ؛ إذ ثبوت ذلك بالبينة أو الإقرار لا يستريب به عاقل ، وكلتا العبارتين لا تخلوان عن تحريف من النساخ أو سهو من المصنف ، (و)ان وجد وارث خط مورثه (بدين عليه) على مورثه لمعين ؛ عمل به وجوباً ، ودفع الدين الى من هو مكتوب باسمه كالوديعة أومأ اليه أحمد ، وجزم به في « المستوعب » وهو الذي ذكره القاضي في الخلاف ، وهو ظاهر ما قطع به في « اعلام الموقعين » وقدمه في «التلخيص» وصححه في النظم ، وهو المذهب عند الحارثي ، فإنه قال: والكتابة بالديون عليه كالكتابة بالوديعة كما قدمناه . حكاه غير واحد منهم السامري وصاحب « التلخيص » انتهى . أو وجد خط مورثه بدين (لفلان) هكذا في النسخ صوابه له علي فلان ليوافق ما في المتون [1] ،

---

(١) أقول : قول شيخنا وفي بعضها الخ هذه نسخة الجراعي جرى عليها ، ونظر في كلام المصنف ، وعول على الاصلين، وأول قول المصنف أو لفلان . قلت الذي يظهر من كلام المصنف أن الوديعة كالوصية لاتثبت بمجرد الخط ، بل لابد من إقرار وارث أنه خط المورث أو بينة تشهد أنه خطه ، فحينئذ تثبت حكما ، وإن عدم فلا تثبت ، فليس للمودع المطالبة ولا الالزام بها للوارث ، وإن لزم الوارث باطناً العمل بالخط إذا تحقق أنه خط مورثه ، وقوله خلافاً لهما ؛ أي : لأن كلامها يقتضي أنها تثبت بمجرد الخط حيث أطلقا ، ويجاب عنهما بأنهما أطلقا هنا اعتماداً على ما يأتي في الوصية ، هذا على النسخة الاولى ، وأما على الثانية فالمراد وتثبت ـ أي : الوديعة ـ حكما بخط مورث ثبت أنه خطه باقرار وارث أو شهادة بينة أنه خطه ، وإلا فلا تثبت حكما ، وإن لزم الوارث باطناً العمل بالخط اذا تحقق أنه خطه ، فهي موافقة للاولى ، وإن اختلفتا في التعبير وإظهار الخلاف ، فعلى هذا لا نظر في كلام المصنف ولا تحريف ولا سهو ؛ لأن الوصية التي يتسامح بها لاتثبت بمجرد الخط ، بل لابد من إقرار وارث بالخط أو شهادة بينة به ، ففي الايداع والديون من باب أولى فلله دره ما أدق نظره ، ولم أر من نبه على هـــذا ، وإنما سرى الوهم لشيخنا كالجراعي من تقديرهما يعمل بعد قول المصنف لا وبين الواو وبخط من قوله وبخط ، ومن جعلها الإقرار والبينة راجعين الى غير مسألة الخط ، وقوله وبدين عليه يجري فيه التفصيل الذي جرى في مسألة الوديعة من الكلام على الخط ، وقوله أو لفلان المراد منه أنه لو وجد بخطه أن الدين الذي لي على فلان هو لفلان وثبت ذلك بما تقدم ، فيثبت حكما لفلان، وإلا فلا ، وإن لزم الوارث العمل به باطنا ، فتأمل هذا الموضع ، وتنبه له . انتهى .

فيعمل الوارث بخط مورثه ، ويجوز له أن (يحلف) على استحقاقه ذلك .

(ويتجه) جواز الحلف (مع) وجود (شاهد) بالدين ، فيحلف (اعتماداً على خط مورثه الصدوق) الأمين الذي يعلم منه ذلك ، ويعتقد أنه لا يكتب إلا حقاً ، ويستحق الدين الذي حلف عليه مع الشاهد ، ويطيب له أخذه من فلان ، قطع به في «المغني» و «الشرح» و «الفروع» وشرح الحارثي و «إعلام الموقعين» فيجوز الحلف على مالا تجوز به الشهادة ؛ إذ لا يجوز أن يشهد على شهادة أبيه وغيرهما اذا رآها بخطه ، [(وإلا) يعلم صدق مورثه (فلا) يجوز له الحلف ولو مع وجود شاهد فقط] ، وهو متجه[1].

(وإن ادعاها) - أي : الوديعة - (اثنان، فأقر) الوديع (لأحدهما)؛ فهي (له) - أي : للمقر له - (بيمينه) بلا نزاع ؛ لأن اليد كانت للوديع ، وقد نقلها الى المدعي ، فصارت اليد له ، ومن كانت اليد له قبل قوله بيمينه ، ومن أفراد ذلك لو قال الوديع : أودعنيها الميت ، أو قال : هي لفلان ، وقال ورثته: بل هي له . أفتى الشيخ التقي بأن القول قول الوديع مع يمينه . (ويحلف) الوديع أيضاً للمدعي (الآخر) الذي أنكره ؛ لأنه منكر لدعواه ، وتكون يمينه على نفي العلم قاله في «المبدع» ، فإن حلف برىء وإلا يحلف لزمه - أي : الوديع - بدلها ؛ لأنه فوتها على المدعي ، وكذا لو أقر له بعد أن أقر بها للأول ، فتسلم للأول ، ويغرم قيمتها للثاني نصاً ، وإن أقر بها (لهما) معا فهي (لهما) - أي : بينهما - كما لو كانت بأيديهما وتداعياها ، (ويحلف لكل) واحد (منهما) يميناً على نصفها ، (فإن نكل) عن اليمينين ؛ (لزمه لكل) واحد منهما (نصف بدل) نصفها ، (وإن نكل) عن اليمين (لأحدهما) فقط ؛ (لزمه له) - أي : لمن نكل

---

(١) أقول : ذكره الجراعي ، وهو صريح كلام م ص وغيره ، وجعل شيخنا إقامة الشاهد شرطاً لجواز الحلف غير ظاهر ، وإنما هو لثبوت الحق كما يظهر من كلامهم ، فتأمل . انتهى .

عن اليمين ــ له عوض (نصفه، و) يلزم أن (يحلف كل) واحد منهما (لصاحبه)؛ لأنه منكر لدعواه. (وإن قال) الوديع جواباً لدعواهما : (لا أعرف صاحبها منكما (وصدقاه) على عدم معرفة صاحبها (أو سكتا) عن تصديقه أو تكذيبه؛ (فلا يمين عليه) ؛ إذ لا اختلاف ، (واقترعا) فمن خرجت له القرعة سلمت اليه بيمينه ، (وإن كذباه) بأن قالا : بل تعرف أينا صاحبها ، أو كذبه (أحدهما حلف) لهما (يميناً واحدة أنه لا يعلمه) ؛ لأنه منكر ، وكذا ان كذبه أحدهما وحده ، (واقترعا) فمن خرجت له القرعة حلف أنهـــا له ؛ لاحتمال عدمه ، وأخذها بمقتضى القرعة ،(فإن نكل) الوديع عن اليمين أنه لا يعلم صاحبها (حكم عليه بالنكول وألزم) بتعيين صاحبها ، فإن أبى تعيينه ؛ أُلزم (ببدلها أيضاً) مثل المثلية وقيمة المتقومة ،فتؤخذ القيمة والعين أو المثل والعين ، واذا أخذاهما (اقترعا عليهما) . قال في «التلخيص» : وكذلك اذا قال : أعلم المستحق ، ولا أحلف ، (فلو قامت بينة بالعين لأخذ القيمة ردت اليه) العين للبينة ، وتقدمها على القرعة ، وردت (القيمة للمودع ، ولا شيء للقارع) ؛ لأنه لم يفوت عليـــه شيئاً ، بل المفوت البينة ، (ويأتي في) باب (الدعاوي) بأوضح من هذا .

(وإن أودعاه) [ـ أي :] اثنان ـ (مكيلاً أو موزوناً ينقسم) إجباراً بأن لم ينقص بتفرقه ، (فطلب أحدهما نصيبه) من الوديع (لغيبة شريكه أو) حضوره و (امتناعه ؛ سلم) النصيب (اليه) ـ أي : الى الطالب ـ وجوباً ؛ لأنه أمكن تمييز نصيب أحد الشريكين من نصيب الآخر بغير غبن ولا ضرر ، فإذا طلب أحدهما نصيبه ؛ لزمه دفعه اليه كما لو كان متميزاً . هذا المذهب ، وعليه جماهير الأصحاب ، وجزم به في «الهداية» و «المذهب» و «مسبوك الذهب» و «المستوعب» و «الخلاصة» و «التلخيص» و «البلغة» و «الوجيز» وغيرهم .

فائدة : قال المجد في شرحه : لو كان على الوديع دين بقدر الوديعـــة كألف درهم ، فأعطاه الوديع ألفاً ، ثم اختلفـا ، فقال الوديع: الذي دفعت

اليك وفاء عن الدين والوديعة تلفت ، فقال المالك : بل هو الوديعة والدين بحاله ؛ فالقول قول الوديع .

(ولمودع ومضارب ومستأجر ومرتهن) قال البهوتي : قلت ومثلهم العدل بيده الرهن والأجير على حفظ عين والوكيل فيه والمستعير والجاعل على عملها (إن غصبت العين) ـ أي : الوديعة ـ أو مال المضاربة أو الرهن أو المستأجرة (المطالبة بها) من غاصبها ؛ لأنها من جملة حفظها المأمور به . (ويتجه) أنه يجوز لمن ذكر المطالبة بالعين اذا غصبت ، ولا يلزمه (مع حضور مالكها). قاله الموفق ، وإلا يكن مالك العين حاضراً (لزمه) أن يطالب بها (مع خوف ضياع)؛ لأنه مأمور بحفظها ، وذلك منه وهو متجه [1] .

غريبة : لو أودع كيساً مختوماً من عشر سنين ، ثم استرده ، وادعى أنه فض ختمه ، وأنه خال صدق المودع فلو فتح فوجد فيه دراهم من ضرب خمس سنين فكذلك . قاله في «المبدع» .

(ولا يضمن مودع أكره) على دفع الوديعة ولو لم ينله عذاب ، بل أكره (بتهديد على دفعها لغير ربها) قاله الأصحاب . ذكره الحارثي ، وذكر به الجد في شرحه . قال في« الفروع» : ولو أسلم لوديعة كرهاً لم يضمن ، وقال :وإن صادره سلطان لم يضمن . قاله أبو الخطاب ، وهذا الصحيح من المذهب ، وعليه الأكثر منهم القاضي في «المجرد» وابن عقيل في « الفصول» والموفق في «المغني» و «الشرح» وصاحب «التلخيص» وغيرهم . (وإن طلب يمينه) ـ أي: الوديع ـ أن لا وديعة لفلان عنده ، (ولم يجد بداً) من الحلف بأن يكون الطالب يمينه متغلباً عليه بسلطته أو تلصص ، ولا يمكنه الخلاص منه إلا بالحلف ؛ (حلف وتأول) ، فينوي لا وديعة عندي لفلان في موضع كذا من المواضع الذي ليست بها ونحوه ، ولم يحنث لتأوله ، (فإن لم يحلف حتى أخذه منه ضمنها خلافاً

---

[1] (١) أقول:ذكره الجراعي وأيده بمفهوم كلامهم ، وهو مصرح به في كلامهم.انتهى.

لابي الخطاب) ؛ لتفريطه بترك الحلف ، كما لو سلمها الى غير ربها ظاناً أنه هو ، فتبين خطؤه ، وقيل (لا يأثم إن حلف) الوديع (مكرهاً) أنه لا وديعة لفلان عنده ، (ولم يتأول مع ضرر تغريم كثيراً ، ولا يكفر) عن يمينه ، (خلافاً لهما) – أي : «للمنتهى» و «الإقناع» (فيها) – أي : في عدم الإثم وعدم وجوب الكفارة – كذا قال[1] ، وعبارة «المنتهى» ويأثم إن لم يتأول، وهو دون إثم إقراره بها ، ويكفر ، وعبارة «الإقناع» وان حلف ولم يتأول؛ أثم ، ووجبت الكفارة . قال في « الإنصاف » : وإن حلف ، ولم يتأول أثم ، وقال: الصواب وجوب الكفارة مع إمكان التأويل وقدرته عليه وعلمه بذلك، ولم يفعله ، ثم وجدته في«الفروع »في باب جامع الأيمان قال : ويكفر على الأصح انتهى . وكونه يأثم اذا لم يتأول لحلفه كاذباً ، لكن إثم حلفه دون إثم إقراره بها ؛ لان حفظ مال الغير عن الضياع آكد من بر اليمين .

(وان أكره على الطلاق) أنه لا وديعة عنده لفلان ، فأجاب أبو الخطاب أنها لا تنعقد ، كما لو أكره على إيقاع الطلاق . قال الحارثي : وفيه بحث . وحاصله (إن كان ضرر التغريم كثيراً) يوازي الضرر في صور الإكراه ؛ (فهو إكراه لا يقع ولا يوقع) على المذهب . انتهى . (ولم يقولوا) – أي : الاصحاب – (وتأول) ؛ لأن المكره لا يلزمه تأويل ؛ لعدم انعقاد يمينه [2] ، وفي فتاوى

---

(۱) أقول: ثم نقل هنا شيخنا عبارة الكتابين وغيرها . وقول شيخنا في عدم الإثم وعدم وجوب الكفارة صوابه في الإثم ووجوب الكفارة ؛ فانهما قالا بذلك ، فتأمل . انتهى.

(٢) أقول : قال الجراعي ، بعد قول المصنف وتأول كما قالوا في اليمين أتى به تأييداً لما خالف به ، وهو قياس جلي. انتهى . قلت: هو كذلك ؛ إذ لافرق بل أولى ؛ لأن الحلف بالطلاق أضيق من اليمين بالله تعالى ، فحيث لم يحنث بالطلاق حيث لم يقيدوه بالتأويل ؛ ففي اليمين من باب أولى ، واذا لم يحنث فلا كفارة ، ومقتضى قولهم فكما لو أكره على الطلاق يقتضي عدم لزوم التأويل كما هو ظاهر إطلاقهم وفي فتاوي ابن الزاغوني إن أبى اليمين بالطلاق أو غيره ، فصار ذريعة إلى أخذها فكاقراره طائعاً ، وهو تفريط عند سلطان جائر، نقله في الفروع في باب جامع الأيمان . انتهى .

ابن الزاغوني : إن أبى اليمين بالطلاق أو غيره ، فصار ذريعة الى أخذها ؛ فكإقراره طائعاً وهو تفريط عند سلطان جائر . نقله في « الفروع » في باب جامع الأيمان .

(وإن نادى) السلطان (بتهديده من عنده وديعة وينكرها) فجزاؤه كذا وكذا من أنواع المعاقبة ، أو نادى بتهديد (من لم يحمل وديعة فلان) عمل به كذا وكذا من أنواع التهديد ، (فحملها بلا مطالبة ؛ أثم) إن لم يعينه ، وبهذا أجاب أبو الخطاب وابن عقيل في فتاويهما . وإن عينه بالتهديد ، فلا ضمان .

تتمة : اذا استودع فضة وأمر بصرفها بذهب ، ففعل وتلف الذهب ، لم يضمنه ، وإن قال : اصرف ما لي عليك من قرض ، ففعل وتلف ؛ ضمنه ، ولم يبرأ من القرض . قاله في «المبدع» .

﴿ باب إحياء الموات ﴾

الموات والميتة والميتان — بفتح الميم والواو — الارض الدارسة الخراب. قاله في «المغني» و «الشرح» وعرفها الأزهري بأنها الارض التي ليس لها مالك ولا بها ماء ولا عمارة ، ولا ينتفع بها. والموات مشتق من الموت ، وهو عدم الحياة ، والموتان — بضم الميم وسكون الواو — الموت الذريع ، ورجل موتان القلب — بفتح الميم وسكون الواو — يعني أعمى القلب لا يفهم ، وفي القاموس الموات كغراب الموت وكسحاب ما لا روح فيه وأرض لا مالك لها ، والموتان — بالتحريك — خلاف الحيوان أو أرض لم تحي بعد ، (وهي الارض المنفكة عن الاختصاصات وملك معصوم) مسلم أو كافر . قال الحارثي عن هذا الحد : فيدخل كل ما يملك بالإحياء ، وخرج كل ما لا يملك به . انتهى ،

ويأتي بيانه . والأصل في جوازه حديث جابر مرفوعاً : «من أحيى أرضا ميتة فهي له » . رواه أحمد والترمذي وصححه. وحديث سعد بن زيد : « من أحيى أرضاً ميتة فهي له وليس لعرق ظالم حق » . قال الترمذي : هذا حديث حسن. وعن عائشة مثله رواه مالك وأبو داود ، وقال ابن عبد البر هو مسند صحيح متلقى بالقبول عند فقهاء المدينة وغيرهم ، وعن أسمر ابن مضرس قال : «أتيت النبي صلى الله عليه وسلم فبايعته ، فقال : من سبق الى ما لم يسبق اليه مسلم فهو له. قال: فخرج الناس يتعادون يتخاطون». رواه أبو داود وعن عائشة مرفوعا العباد عباد الله والبلاد بلاد الله فمن أحيا من موات الارض شيئاً فهو له رواه ابو داوود الطيالسي. قال في «المغني» و«الشرح» : وعامة فقهاء الأمصار على أن الموات يملك بالإحياء وإن اختلفوا في شرطه .(فيملك بإحياء كل ما) ـ أي: موات ـ (لم يجر عليه بين ملك معصوم ،ولم يوجد فيه عمارة) . قال في « المغني» بغير خلاف نعلمه القائلين بالإحياء انتهى . ونقل أبو الصقر في أرض بين قريتين ليس فيها مزارع ولا عيون وأنهار تزعم كل قرية أنها لهم ؛ فإنها ليست لهؤلاء ولا لهؤلاء حتى يعلم أنهم أحيوها ، فمن أحياها فله ، ومعناه نقل ابن القاسم، وإن كان الخراب الذي لم يوجد فيه أثر عمارة تتحقق أنه كان قد (ملكه من له حرمة) من مسلم أو ذمي أو مستأمن بشراء أو هبة ، (أو) ملكه من (شك) ـ بالبناء للمفعول ـ (فيه) ـ أي : في من كان مالكاً له ـ هل كان ممن له حرمة أو لا ؟ ولم يعلم حاله ، (فإن وجد) مالكه أو وجد (أحد من ورثته لم يملك بإحياء) . قال ابن عبد البر: أجمع العلمـاء على أن ما عرف بملك مالك غير منقطع أنه لا يجوز إحياؤه لأحد غير أربابه. انتهى .(وكذا إن جهل) مالكه بأن لم تعلم عينه مع العلم بجريان الملك عليه لذي حرمـة ، فلا يملك بالإحياء نصاً عليه ؛ لحديث عائشة المتقدم : « من أحيى أرضاً ليست لأحد » . وهذه مملوكة ، ولأن هـذا مكان مملوك ، فلم يملك بإحياء؛ كما لو كان مالكه معيناً ، (وإن علم) مالكه وأنه

مات ، (ولم يعقب) ذرية ولا وارثاً ؛ لم يملك أيضاً بالإحيـــاء ، (وأقطعه الإمام) لمن شاء ؛ لأنه فيء .

(وإن ملك بإحياء ثم ترك حتى دثر، وعادمواتاً؛لم يملك بإحياء إن كان لمعصوم) بغير خلاف بين الأصحاب ؛ لمفهوم حديث : « من أحيى أرضاً ميتة ليست لأحد » . وهو مقيد بحديث : « من أحيى أرضاً ميتة فهي له » ولأن ملك المحيي أولا ولم يزل عنها بالترك بدليل سائر الأملاك ، (وإن علم ملكه - أي : الدارس الخراب - (لمعين غير معصوم) بأن كان لكافر لا ذمة له ولا أمان ، (فإن) كان (أحياه بدار حرب واندرس كان) ذلك (كموات أصلي) ؛ أي: فيملكه من يحييه، لأن ملك من لا عصمة له كعدمه ، (وإن) لم يكن به أثر ملك (تردد في جريان الملك عليـــه) ؛ ملك بالإحياء ؛ لأن الأصل عدم جريان الملك فيه ، (أو كان به) - أي : الخراب- (أثر ملك غير جاهلي كالخرب) - بفتح الخاء و كسر الراء وبالعكس - وكلاهما جمع خربة - بسكون الراء - وهي ما تهدم من البنيان (التي ذهبت أنهارها واندرست آثارها ، ولم يعلم لها مالك) الآن ؛ ملك بالإحياء ؛ لعموم ما سبق من الأخبار، وسواء كان بدار الإسلام أو الحرب ، وقد صرح به القاضي في كل منهما وابن عقيل والقاضي أبو الحسين وأبو الفرج الشيرازي والموفق والشارح وغيرهم ،ولأن عامر دار الحرب إنمـا يملك بالقهر والغلبة كسائر أموالهم ، أو كان به أثر ملك (جاهلي قديم) كديار عاد وآثار الروم ؛ فيملكه من أحياه لمـا سبق ، أو كان به أثر ملك جاهلي (قريب ؛ ملك بإحياء) ؛ لأن أثر الملك الذي به لا حرمة له . (قال الحارثي : مساكن) ديار ([ثمود] لا تملك ؛ لعدم دوام البكاء مع السكنى) [ومع الانتفاع] على رواية الأظهر خلافهـا . قال الشارح : النوع الثاني ما يوجد فيه آثار ملك قديم جاهلي كآثار الروم ومساكن ثمود ونحوهم ؛ فهذا يملك بالإحياء في أظهر الروايتين ؛ لما ذكرنا من الأحاديث ، ولأن ذلك

الملك لا حرمة له ، ولما روى طاووس عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال : « عادي الأرض لله ولرسوله ثم هي لكم بعد » . رواه سعيد في سننه وأبو عبيد في الأموال ، وقال عادي الارض التي كان بها ساكن في آباد الدهر فانقرضوا ، فلم يبق منهم أنيس ، فنسب كل أثر قديم اليهم . انتهى . ولم يذكر القاضي في «الأحكام السلطانية» والموفق في «المغني» خلافاً في جواز إحيائه . قال في «الإنصاف» : وهو طريقة صاحب «المحرر» و «الوجيز» وغيرهما. قال الحارثي: وهو الحق والصحيح من المذهب ، فإن أحمد وأصحابه لا يختلف قولهم في البئر العادية ، وهو نص منه في خصوص النوع ، وصحح الملك فيه بالإحياء صاحب «التلخيص» و «الفائق» و «الفروع» و «التصحيح» وغيرهم انتهى .

(ويكره دخول ديارهم) – أي : ثمود – (إلا لباك معتبر لئلا يصيبه ما أصابهم) من العذاب ؛ للخبر (ومن أحيى) مما يجوز إحياؤه ، (ولو) كان الإحياء (بلا اذن الإمام) . قاله الأصحاب ، ونص عليه أحمد مستدلاً بعموم الحديث، ولأنها عين مباحة ، فلا يفتقر تملكها الى إذن كأخذ المباح ، وهو مبني على أن عموم الأشخاص يستلزم عموم الأحوال ، سواء كان المحيي مسلماً (أو ذمياً) اتفاقاً ، وسواء كان مكلفاً أو لا ، لكن شرطه أن يكون ممن يملك المال ؛ لأنه يملكه بفعله كالاصطياد ، وقوله عليه الصلاة والسلام : «موتان الارض لله ورسوله ثم هي لكم » . جوابه بعد تسليم صحته أنها لكم – أي : لأهل داركم – والذمي من دارنا تجري عليه أحكامنا، فيملك الارض المحياة بالإحياء، كما يملكها بالشراء ، ويملك مباحاتها من الحشيش والحطب والصيود والركاز والمعدن واللقطة ، وهي من مرافق دار الإسلام ، فكذلك الموات (مواتاً) في دار الإسلام وغيرها، إذ جميع البلاد سواء ، (سوى موات الحرم وعرفات)، فلا يملك بالإحياء مطلقاً ؛ لما فيه من التضييق في أداء المناسك واختصاصه بمحل الناس فيه سواء ، ومنى ومزدلفة من الحرم كما سبق ، فلا احياء بها .

تتمة : موات العنوة كأرض الشام والعراق كغيره مما أسلم أهله عليه كالمدينة ، وما صولح أهله على أن الارض للمسلمين ، فيملك موات العنوة بالإحياء ، ولا خراج على مسلم أحيى موات أرض العنوة ، وما روي عن الإمام ليس في أرض السواد موات معللًا بأنها لجماعة ، فلا يختص بها أحدهم حملها القاضي على العامر ، ويحتمل أن احمد قاله ؛ لكون السواد كان عامراً في زمن عمر بن الخطاب ، وحين أخذه المسلمون من الكفار ، (و) سوى (ما أحياه مسلم من أرض كفار صولحوا على أنها) — أي: الارض (لهم ولنا الخراج عنها) ، لأنهم صولحوا في بلادهم ، فلا يجوز التعرض لشيء منها ؛ لأن الموات تابع للبلد ، ويفارق دار الحرب ؛ لأنها على أصل الإباحة ، (و) سوي (ما قرب من العامر) عرفاً ؛ لان التحديد لا يعرف إلا بالتوقيف لا بالرأي ، ولم يرد من الشرع تحديد ، فوجب أن يرجع في ذلك الى العرف كالقبض والإحراز ، وما قيل إن حد القريب خمس خمس الفرسخ ، واذا وقف الرجل بأعلاه فصاح بأعلا صوته لم يسمع أدنى أهل المصر اليه أجيب بأنه لا يجوز أن يكون حداً لكل ما قرب من عامر ؛ لأنه يفضي لأن من أحيى أرضاً في موات حرم إحياء شيء من ذلك الموات على غيره ، ما لم يخرج عن الحد (وتعلق بمصالحه كطرقه وفنائه) ما اتسع أمامه (ومسيل مائه ومرعاه ومحتطبه وحريمه) — أي : حريم بئره وحريم نهره وحريم عين مائه — (ومطرح ترابه) وقمامته وملقى آلاته التي لا نفع بها ومرتكض خيل (ومدفن موتى ومناخ إبل ومنازل مسافرين معتادة) حول المياه وبقاع مرصدة لصلاة العيدين والاستسقاء والجنائز ؛ (ملكه) جواب من ؛ لمفهوم حديث : « من أحيى أرضاً ميتة من غير حق مسلم فهي له » . ولأنه تابع للمملوك ، فأعطي حكمه ، ويملكه محييه (بما فيه من كنز) جاهلي (ومعدن جامد باطن كذهب وفضة وحديد) ونحاس ورصاص وبلور ومن معدن جامد (ظاهر كجص) — وهو النورة — (وكحل وكبريت) وزرنيخ تبعاً للأرض ؛

لأنه ملك الارض بجميع أجزائها وطبقاتها ، وهذا منها ، فتبعها في الملك ، ويفارق الكنز الإسلامي فانه لا يملك ما فيها من كنز عليها فيه علامة ضرب الإسلام ، لأنه مودع فيها للنقل عنها ، وليس من أجزائها ، وإنما يملك المحيي المعادن التي أحياها اذا حفرها وأظهرها . قال في «الشرح» و «المبدع» : ولو تحجر الارض وأقطعها ، فظهر فيها المعدن قبل إحيائها كان له احياؤها ، ويملكها بما فيها ؛ لأنه صار أحق بتحجره وإقطاعه ، فلم يمنع من إتمام حقه [و (لا) يملك من أحيى أرضاً ما فيها من معدن (جار كما يأتي) قريباً ، (ولا) يملك إنسان] ما أحياه من (معدن مطلقاً) ظاهراً كان أو باطناً (بإحيائه) له (مفرداً) عن غيره ، أما الظاهر وهو الذي يتوصل اليه من غير مؤنة ينتابه الناس وينتفعون به كمقطع الطين والملح والكحل والكبريت والقار والموميا والنفط والبرام والياقوت ؛ فبلا خلاف ؛ لأن فيه ضرراً بالمسلمين وتضييقاً عليهم ؛ لأن النبي صلى الله عليه وسلم أقطع أبيض بن حمال معدن الملح ، فلما قيل له إنه بمنزلة الماء العد ؛ رده . قال أحمد : وروى أبو عبيد والترمذي وأبو داود بإسنادهم عن أبيض بن حمال أنه استقطع رسول الله صلى الله عليه وسلم الملح الذي بمارب فلما ولي قيل يا رسول الله أتدري ما أقطعت له ؟ إنما أقطعته الماء العد فرجعه منه . قال : قلت يا رسول الله : ما يحمى من الأراك ؟ قال : ما [لم] تنله أخفاف الإبل ، ولأن هذا يتعلق به مصالح المسلمين العامة ؛ فلم يجز احياؤه ولا إقطاعه ؛ كمشارع الماء وطرقات المسلمين . قال ابن عقيل : هذا من مواد الله الكريم وفيض جوده الذي لا غنى عنه ، فلو ملكه أحد بالاحتجار ملك منعه ، فضاق على الناس ، وإن أخذ العوض عنه أغلاه ، فخرج عن الوضع الذي وصفه الله به من تعميم ذوي الحوائج من غير كلفة . قال في « المغني » : ولا أعلم فيه مخالفاً ، وأما الباطن وهو الذي يحتاج في اخراجه الى حفر ومؤنة كحديد ونحاس وذهب وفضة وجوهر ؛ فلا يملك بإحيائه مفرداً ؛ لأن الإحياء الذي يملك به هو العمارة

التي يتهيا بها المحيي للانتفاع من غير تكرار عمل ، وهذا حفر وتخريج يحتاج الى تكرار عند كل انتفاع .

(ويتجـه ولا) يملك من أحيى أرضاً (ما) – أي : معدناً (كان) فيهـا (ظاهرا للناس) ، وتقدمت لك أمثلة الظاهر (يأخذونه قبل إحياء) تلك الارض؛ لأن في ملكه اذن قطعاً لنفع كان واصلاً الى المسلمين ، ومنعاً لانتفاعهم ، وأما اذا ظهر بإظهاره [فانه لم يقطع عنهم شيئاً ؛ لأنه إنمـــا ظهر بأظهاره] ، وهو متجه [1] .

(و) يجب (على ذمي خراج ما أحيى من موات أرض) فتحت (عنوة) كأرض مصر والشام والعراق ؛ لأن الارض للمسلمين ، فلا تقر في يد غيرهم بدون الخراج ؛ كغير الموات ، أما غير العنوة – وهو ما صولح أهله على أن الارض للمسلمين ، وما أسلم أهله عليه اذا أحيى الذمي فيه مواتاً – فهو كالمسلم ، وأما المسلم فلا خراج عليه فيما أحياه من أرض العنوة والصلح وما أسلم أهلهـا عليها كالمدينة ؛ إذ الارض للمسلمين ، وهو منهم .

(ويملك باحياء ويقطع) – ببناء الفعلين للمفعول – (ما) – أي : محل – (اذا حصل فيه الماء صار ملحاً) ؛ لأنـــه لا تضيق على المسلمين باحداثه ، بل يحدث نفعه بفعله بالعمل فيه ، فلم يمنع منه كبقية الموات ، وإحياء هذا بتهيئته لما يصلح له من حفر ترابه وتمهيده وفتح قناة اليه تصب الماء فيه ؛ لأنه يتهيأ بهذا للانتفـاع به ، (أو) ؛ أي : ويملك باحياء ما قرب (من العامر ، ولم يتعلق بمصالحه) نصاً كالبعيد عنه ؛ لعموم ما سبق مع انتفاء المانع ، وهو التعلق بمصالح العامر ، وللامام إقطاع ذلك ؛ لأنه عليه الصلاة والسلام أقطع بلال بن الحارث

---

(١) أقول : صرح به شارح « المنتهى » في شرحه وأنه المذهب ، وعن «الانصاف» وذكره م ص وغيره . انتهى .

العقيق، وهو يعلم أنه من عامر المدينة ، ولأنه موات لم تتعلق به مصلحة العامر، فجاز احياؤه كالبعيد .

و(لا) يملك بإحياء (ما) – أي : مكان – (نضب)؛ أي : غار (ماؤه من الجزائر) والرقاق ، مما لم يكن مملوكاً . والرقاق بفتح الراء أرض لينة أو رمال يتصل بعضها ببعض . قال الحجاوي في الحاشية : وقال بعضهم : أرض مستوية لينة التراب تحتها صلابه . قال أحمد في رواية العباس بن موسى : اذا نضب الماء عن جَزيرة الى فناء رجل لم يبن فيها ؛ لأن فيه ضرراً ، وهو أن الماء يرجع الى ذلك المكان ، فإذا وجده مبنياً رجع الى الجانب الآخر ، فأضر بأهله ، ولأن الجزائر منبت الكلأ والحطب ، فجرت مجرى المعادن الظاهرة ، وقد قال النبي صلى الله عليه وسلم : « لا حمى في الاراك » . وما روي عن عمر أنه أباح الجزائر؛ أي : ما نبت فيها. وفي «الاقناع» أما ما نضب عنه الماء من الجزائر والرقاق مما لم يكن مملوكاً فكل أحد أحياه كموات، وكان على المصنف أن يقول: خلافاً له .

(ولا) يملك بإحياء (ما غمره الماء من)مكان(مملوك) بأن غلب عليه الماء ، ثم نضب عنه ، بل هو باق على ملك ملاكه قبل غلبة المـاء عليه ؛ فلهم أخذه ؛ لعدم زوال ملكهم عنه .

فائدة : وإن كان ما نضب عنه الماء لا ينتفع به أحد فعمره إنسان عمارة لا ترد الماء مثل أن يجعله مزرعة فهو أحق به من غيره ؛ لأنه متحجر لما ليس فيه حق ، فأشبه المتحجر في الموات .

(وإن ظهر فيما أحيى) من موات (عين ماء ، أو) ظهر (معدن جار) ، وهو الذي كلما أخذ منه شيء خلفه عوضه (كنفط وقار أو)ظهر فيه(كلأ أو شجر فهو أحق به) لأنه في ملكه خارج من أرضه، أشبه المعادن الجامدة والزرع ؛ لحديث : « من سبق الى ما لم يسبق اليه أحد فهو له » . رواه أبو داود ، وفي لفظ فهو أحق به فهنا أولى ، (ولا يملكه) ؛ لحديث ابن عباس : « الناس شركاء في ثلاث [في] الماء [والكلأ] والنار » . رواه الخلال وابن ماجة . وزاد وثمنه

حرام ، ولأنها ليست من أجزاء الارض ؛ فلم تملك بملكها كالكنز .

(وما فضل من مائه) الذي في قرار العين أو في قرار البئر ، ولم يحزه (عن حاجته وحاجة عياله وماشيته وزرعه يجب بذله لبهائم غيره) ، وهو من مفردات المذهب ، ويجب بذله لزرعه - أي : غيره - على الأصح ، وهو اختيار أكثر الأصحاب ، وهو من المفردات أيضاً . قال الإمام أحمد : ليس له أن يمنع فضل ما يمنع به الكلأ ؛ لحديث أبي هريرة مرفوعاً : « لا تمنعوا فضل الماء لتمنعوا فضل الكلأ » . متفق عليه ، وعن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده مرفوعاً : « من منع فضل مائه أو فضل كلئه منعه الله فضله يوم القيامة » . رواه أحمد . ولا يتوعد على ما يحل . (ما لم يجد) رب البهائم والزرع ماءاً (مباحاً) فإنه حينئذ يكون مستغنياً به ، ولأن الخبر ظاهر في اختصاصه بمحل الحاجة فإذا لم تكن حاجة لم يجب البذل (أو يتضرر به) الباذل لأن الضرر ممنوع شرعاً (أو يؤذه) طالب الماء (بدخوله) اليها . قال الإمام أحمد : إلا أن يؤذيه بالدخول ، أو يكون له (فيه) - أي : البئر - (ماء السماء ، أو يخاف عطشاً ؛ فلا بأس أن يمنعه منه) ؛ لأنه ملكه بالحيازة ، فلم يلزمه بذله؛ كسائر أملاكه ، بخلاف العدو، وكذا لو حاز الماء العد في إناء؛ لم يلزمه بذله لغيره إلا عند الاضطرار بشرطه، واذا خيف الأذى بورود الماشية الماء ، بعد الفاضل عن حاجة رب أرضه ، فيجوز لرعاتها سوق فضل الماء اليها ؛ لأن فيه تحصيلاً للمقصود بلا مفسدة ، ولا يلزم من وجب عليه بذل الماء بذل حبل ودلو وبكرة ؛ لأنها تتلف بالاستعمال أشبهت بقية مال ، لكن إن اضطر بلا ضرر على ربها ؛ لزمه بذلها .

(ومن حفر بئرا) بأرض (موات للسابلة)؛أي: لنفع المجتازين ، (فحافر كغيره) من المجتازين بها؛ كمن بنى مسجداً،(في سقي وزرع وشرب) . قاله الاصحاب ؛ لأن الحافر لم يخص بها نفسه ولا غيره (ومع ضيق فيه)

– أي : تزاحم – (يسقى آدمي) أولاً لحرمته . (فحيوان) ؛ لأن له حرمة (فزرع) بعدهما .

(و) إن حفر البئر في موات (ارتفاقاً) ؛ أي : ليَرتفق هو بها كحفر (السفارة) في بعض المنازل بئراً ليرتفقوا بمائها وكحفر المنتجعين كالأعراب والتركمان ينتجعون أرضاً فيحفرون (لشرعهم ، و) لشرب (دوابهم ؛ فهم) – أي : الحافرون لها (أحق بمائها ما أقاموا) – أي : مدة إقامتهم عليها – ولا يملكونها ، (وعليهم) – أي : الحافرين لها – (بذل فاضل) عنهم من مائها (لشارب) فقط دون نحو زرع . قاله في « الأحكام السلطانية » وتبعه في « المستوعب » و «الترغيب » واقتصر عليه في «الفروع» ، (وبعد رحيلهم) عن البئر (يكون) ماؤها (سابلة للمسلمين) ؛ لأنه ليس أحد ممن يحفرها أحق من الآخر (فإن عادوا) اليها (كانوا أحق بها) من غيرهم ؛ لأنهم لم يحفروها إلا لأجل أنفسهم ، ومن عادتهم الرحيل والرجوع ، فلم تزل أحقيتهم بذلك . اختار ذلك أبو الخطاب ، وصوبه في « الإنصاف » .

(و)إن حفر انسان بئراً في موات (تملكا فهي ملك لحافر)؛ كما لو حفرها بملكه الحي . قال في «الإنصاف» جزم به الحارثي وغيره .

تتمة : لكل أحد أن يستسقي من المـاء الجاري لشربه وطهارته وغسل ثيابه وانتفاعه به في أشباه ذلك مما لا يؤثر فيه من غير إذن ربه اذا لم يدخل اليه في مكان محوط عليـه ، ولا يحل لصاحبه المنع من ذلك ؛ لحديث أبي هريرة مرفوعاً : « ثلاثة لا ينظر الله اليهم ولا يزكيهم ولهم عذاب أليم رجل كان له فضل ماء بالطريق فمنعه ابن السبيل». رواه البخاري . فأما ما يؤثر فيه كسقي الماشية الكثيرة ، فإن فضل الماء عن حاجة صاحبه ؛ لزمه بذله لذلك ، وإلا فلا. وقال الحارثي : الفضل الواجب بذله ما فضل عن شفته وشفة عياله وعجينهم

وطبيخهم وطهارتهم وغسل ثيابهم ونحو ذلك وعن مواشيه ومزارعه وبساتينه؛ لأن ذلك كله من حاجته .

(فصل : وإحياء أرض فيه) الموات (بحوز بحائط منيع عادة) بحيث يمنع الحائط ما وراءه ؛ لحديث جابر مرفوعاً : « من أحاط حائطاً على أرض فهي له » . رواه أحمد وأبو داود عن جابر . ولهما عن سمرة بن جندب مرفوعاً مثله ، ويكون البناء بما جرت عادة أهل البلد البناء به من لبن أو آجر أو حجر أو قصب أو خشب ونحوه (سواء أرادها) المحيي (لبناء أو زرع ، أو) أرادها (حظيرة ماشية) أو حظيرة خشب ونحوهما ، ولا يعتبر في الإحياء تسقيف ولا نصب باب ؛ لأنه لم يذكر في الخبر ، والسكنى ممكنة بدونه ، (أو) ؛ أي : ويحصل إحياؤها (بإجراء ماء) بأن يسوقه اليها من نهر أو بئر إن كانت (لا تزرع إلا به) — أي : بالماء المسوق اليها — لأن نفع الارض بالماء أكثر من الحائط ، (أو منع ما لا تزرع معه) كأرض البطايح الذي يفسدها غرقها بالماء لكثرته، فإحياؤها بسده عنها ، وجعلها بحيث يمكن زرعها ؛ لأن بذلك يتمكن من الانتفاع بها فيما أراد ، وجعلها بحيث يمكن زرعها من غير حاجة الى تكرار ذلك كل عام ، أو كانت لا تصلح الارض للزرع والغراس لكثرة أحجارها كأرض اللجاة ناحية بالشام ، فإحياؤها (بقلع أحجارها) وتنقيها ، (أو) كانت غياضاً ذات (أشجار لا تزرع معها) — أي : الاشجار — كأرض الشعراء ، فإحياؤها بأن يقلع أشجارها ويزيل عروقها المانعة من الزرع ؛ لأنه الذي يتمكن من الانتفاع بها (أو حفر بئراً) أو نهراً نصاً . قال أحمد في رواية علي بن سعد : الإحياء أن يحوط عليها حائطاً ، أو يحفر فيها بئراً ونهراً انتهى . فإن حفر البئر ولم يصل الى الماء فهو كالمتحجر الشارع في الإحياء على ما يأتي تفصيله . قال في «التلخيص » وغيره : وإن خرج الماء استقر ملكه إلا أن تحتاج الى طي ، فتمام الإحياء طيها ، (أو غرس شجر فيها) — أي : في الارض الموات ؛ بأن كانت

لا تصلح لغرس ؛ لكثرة أحجارها ، فينقيها ويغرسها ؛ لأنه يراد للبقاء كبناء الحائط . قال في «الفروع» : ويملكها بغرس واجراء ماء نصاً .

تتمة : ولا يحصل الإحياء بمجرد الحرث والزرع ؛ لأنه لا يراد للبقاء بخلاف الغرس ، ولا يحصل بخندق يجعله حول الارض الذي يريد إحياءها ؛ لأنه ليس بحائط ولا عمارة ، انما هو حفر وتخريب ، ولا يحصل بشوك وشبهه يحوطها به ، ويكون تحجراً ؛ لأن المسافر قد ينزل منزلاً ويحوط على رحله بنحو ذلك . قال في «المبدع» : إن كانت كثيرة الدغل والحشيش التي لا يمكن الا بتكرار حرثها وتنقية دغلها وحشيشها المانع من زرعها كان إحياء ، (وبحفر بئر) في الموات (يملك) الحافر (حريمها وهو) — أي : حريم البئر — (من كل جانب في بئر قديمة) ، وهي التي يسمونها العادية — بتشديد الياء — نسبة الى عاد ، ولم يرد عاد بعينها ، لكن لما كانت عاد في الزمن الأول ، وكانت لها آثار في الارض نسب اليها كل قديم . نقل ابن منصور : البئر العادية القديمة ؛ أي : هي التي انطمت وذهب ماؤها ، فمن جدد حفرها وعمارتها ، أو استخرج ماءها المنقطع ملكها ، وملك حريمها ، وهو من كل جانب (خمسون ذراعاً . و) الحريم (في) بئر (غيرها) — أي : غير القديمة — (خمسة وعشرون) ذراعاً من كل جانب نصاً ؛ لما روى أبو عبيد في الأموال عن سعيد بن المسيب قال : السنة في حريم القليب العادي خمسون ذراعاً ، والبدي خمسة وعشرون . وروى الخلال والدارقطني نحوه مرفوعاً . وعلم من كلامه أن البئر التي لها ماء ينتفع به الناس ليس لأحد احتجاره كالمعادن الظاهرة .

تنبيه : ومن كانت له بئر فيها ماء ، فحفر آخر قريباً منها بئراً يتسرق اليها ماء البئر الاولى فليس له ذلك ، سواء كان محتفر الثانية في ملكه كرجلين متجاورين في دار حفر أحدهما في داره بئراً أعمق منها ، فيسري اليها ماء الاولى ، أو كانتا في موات فسبق أحدهما ، فحفر بئراً قريباً منها تجتذب ماء الاولى ؛ لأنه

ليس له أن يبتدىء ملكه على وجه يضر بالمالك قبله ، وهكذا في كل ما يحدثه الجار بما يضر بجاره كأن يجعل داره مدبغة أو حماماً تضر بجدار عقار جاره بحمي ناره ورماده أو دخانه ، أو يحفر في أصل حائطه بحيث يتأذى جاره برائحة وغيرها ، أو يجعل داره مخبزاً في وسط العطارين ونحوه مما يؤذي جاره ؛ لقوله عليه الصلاة والسلام : «لا ضرر ولا ضرار». ولأنه أحدث ضرراً بجاره؛ كدق يهز الحيطان ونحوها ، وكإلقاء السماد والتراب في أصل حائطه على وجه يضر به. ولو كان لشخص مصنع فأراد جاره غرس شجرة مما تسري عروقه ، فتشق حائط مصنع لجاره ، ويتلفه ؛ لم يملك ذلك ، وكان لجاره منعه وقلعها ان غرسها ، وإن كان هذا الذي حصل منه الضرر سابقاً مثل من له في ملكه مدبغة أو مقصرة فأحيى انسان الى جانبه مواتاً وبناه داراً تتضرر بذلك ؛ لم يلزم إزالته الضرر. قال في «الشرح» بغير خلاف نعلمه ؛ لأنه لم يحدث ضرراً .

(وحريم عين وقناة) احتفرها إنسان في موات (خمسمائة ذراع). نص عليه في العين من رواية غير واحد . قال الحارثي عن حريم القناة : والمذهب أنه كحريم العين ، وجزم به في «الفروع» و «التنقيح» قال في شرح « الإقناع »: قلت : لعل المراد بذرع اليد ؛ لأنه المتبادر عند الإطلاق .

(و)حريم (نهر من جانبيه ما يحتاج)النهر (اليه لطرح كرايته) – أي:ما يلقي منه طلباً لسرعة جريه – (وطريق قيمه) – أي : شاويه – وما يستضر صاحبه بتملكه عليه ، وإن كثر . قال في «الرعاية» وإن كان بجنبه مسناة لغيره ارتفق بها في ذلك ضرورة ، وله عمل أحجار طحن على النهر ونحوه وموضع غرس وزرع ونحوهما انتهى . والمسناة هي السد الذي يراد الماء من جانبه . قال في شرح «المنتهى» والقيم والشاوي [لم أجد لهما أصلاً في اللغة بهذا المعنى ، ولعلهما مولدتان من قبل أهل الشام] .

(و)حريم (شجرة) غرست في موات(قدر مد أغصانها) حواليها ؛ لما روى

أبو داود بإسناده عن أبي سعيد قال : « اختصم الى النبي صلى الله عليـه وسلم في حريم نخلة ، فأمر بجريدة من جرائدهـا ، فذرعت ، فكانت سبعة أذرع أو خمسة أذرع فقضى بذلك » قال في «المغني» : وإن سبق الى شجر مباح كالزيتون والخروب فسقاه وأصلحه ؛ فهو أحق به كالمتحجر الشارع في الإحياء ، فإن طعمه ملكه بذلك وحريمه ؛ لأنه تهيأ للانتفاع لما يراد منه ، فهو كسوق الماء الى الارض الموات .

(و)حريم (أرض) من موات (تزرع ما) ــ أي:محل ــ (يحتاج) اليه (لسقيها وربط دوابها وطرح سبخها فيه ونحوه) مما يرتفق به زارعهـا كمصرف مائها عند الاستغناء عنه ؛ لأن ذلك كله من مرافقها .

(و) حريم (دار من موات حولهـــا مطرح تراب وكناسة وثلج وماء ميزاب وممر لباب) ؛ لأن هذا كله مما يرتفق به ساكنها (ولا حريم لدار محفوفة بملك) ــ أي : بملك غيره من كل جانب ــ لأن الحريم من المرافق ، ولا يرتفق بملكه غيره ؛ لأن مالكه أحق به . (ويتصرف كل منهم) ــ أي : من أرباب الاملاك ــ (بحسب عادة) في الانتفاع ، فإن تعدى العادة منع من التعدي؛ عملًا بالعادة .

(وإن وقع في) قدر (الطريق نزاع وقت الإحياء فلهـــا سبعة أذرع) ؛ للخبر .

(ولا تغير) الطريق (بعد وصفها) نصاً ، (ولو زادت عليها) ــ أي : على سبعة أذرع ؛ لأنها للمسلمين .

(ومن تحجر مواتاً) ؛ أي : شرع في إحيائه من غير أن يتمه (بأن أدار حوله أحجاراً) أو تراباً أو حائطاً غير منيع ،(أو حفر بئراً لم يصل ماؤهـا) نقله حرب (أو سقى شجراً مباحاً وأصلحه) بأن شفاه ؛ أي : قطع أغصانه الرديئة لتخلفها أغصان جيدة ، (ولم يركبه ، أو حرث الأرض ، أو زرعها أو

خندق عليهـــا أو حوطها بنحو شوك) كعيدان لم يملكه بذلك ، (أو أقطع مواتاً) بأن أقطعه له الإمام ليحييه فلم يحيه ؛ (لم يملكه) بذلك ؛ لأن الملك إنما يكون بالإحياء ، ولم يوجد ، (وهو) - أي : المتحجر - (أحق به) من غيره ؛ لقوله عليه الصلاة والسلام : « من سبق الى ما لم يسبق اليه مسلم فهو له ». رواه أبو داود . وكذا (وارثه) من بعده يكون أحق به من غيره ؛ لقوله عليه الصلاة والسلام : « من ترك حقاً أو مالاً فهو لورثته » . ولأنه حق للموروث ، فيقوم الوارث فيه مقامه كسائر الحقوق ، (و) كذا (من ينقله) المتحجر أو ورثته (اليه) بغير بيع ، فيكون أحق به من غيره ؛ لأن من له الحق أقامه مقامــه فيه ، وليس للمتحجر أو وارثه أو من انتقل اليه من أحدهما بيعه ؛ لأنـــه لم يملكه ، وشرط المبيع أن يكون مملوكاً . (وكذا من نزل عن أرض خراجية بيده لغيره) ، فإن المتروك له يكون أحق بهـا ، وورثته من بعده ، وليس للامام أخذهـا منه (بلا عوض) على الأصح . قال ابن رجب في القاعدة السابعة والثمانين : ومنها منافع الأرض الخراجية فيجوز نقلها بغير عوض الى من يقوم مقامه فيها ، وتنتقل الى الوارث فيقوم مقام مورثه فيها . (ونص) الإمام أحمد في رواية عبد الله : (على جواز دفعها مهراً) ، ونص في رواية ابن هانيء وغيره على جواز دفعها الى الزوجة عوضاً عما تستحقه عليه من المهر . (قال ابن رجب : وهذا معاوضة عن منافعها المملوكة)فأما البيع فكرهه أحمد ، ونهى عنه ، واختلف قوله في بيع العمارة التي فيها لئلا تتخذ طريقاً الى بيع رقبة الارض التي لا تملك ، بل هي إما وقف وإما فيء للمسلمين جميعاً . ونص أحمد في رواية المروذي على أنه يبيع آلات عمارته بما تساوي ، وكره أن يبيع بأكثر من ذلك لهذا المعنى ، وكذلك نقل عن ابن هانيء أنه قال : يقوم دكانه وما فيه من علف وكل شيء يحدثه فيه ، فيعطي ذلك ، ولا أرى أن يبيع سكنى دار ولا دكان . وقال (في «المبدع») بعد أن ذكر النزول عن الوظائف : ومـمـــا يشبه النزول عن

الوظائف النزول عن الإقطاع فإنه نزول عن استحقاق يختص به ؛ لتخصيص الإمام له استغلاله ، أشبه مستحق الوظيفة ومتحجر الموات . (وقد يستدل بجواز أخـــذ العوض في ذلك كله) – أي : بالنزول عن الإقطاعات وعن الوظائف – (بالخلع) ؛ فإنه يجوز أخذ العوض (مع أن الزوج لم يملك البضع) ، وانما ملك الاستمتاع به ، فأشبه المتحجر . انتهى. ما في «المبدع» . وقال [ابن] القيم : ومن بيده أرض خراجيه فهو أحق بها بالخراج الذي ضربه أجرة لها كل عام ، فملكوا منافعهـــا بالخراج الذي يبذلونه ، وترثه ورثته كذلك ؛ أي : فيكونون أحق بها بالخراج ، وليس للامام أخذهـا ممن هي بيده ودفعها الى غيره ، لأنه أحق بهـا من غيره ، وإن نزل عنها ، أو آثر بها أحدا فالمنزول له والمؤثر أحق بها من غيره . انتهى .(أو نزل) إنسان (عن وظيفة) من إمامة أو خطابة أو تدريس ونحوه (لأهل) – أي : لمن فيه أهلية للقيام بهـا (فلا يقرر غير منزول له) ؛ لتعلق حقه بها ، (فإن قرر هو) ؛ أي : قرره من له الولاية كالناظر فقد تم الأمر له ،(وإلا)بأن لم يقرره من له ولاية التقرير؛ (فهي) – أي: الوظيفة – (للنازل) ؛ لأنه لم يحصل منه رغبة مطلقة عن وظيفته ، بل مقيدة بحصوله للمنزول له ولم يحصل . و [ليس] للناظر التقرير في مثل هذا ، إنما يقرر فيما هو خال عن يد مستحق أو في يد من يملك انتزاعه منـــه لمقتضى شرعي ، فحينئذ يكون تقريره سائغاً .

(وما قاله الشيخ) تقي الدين : (من أنه لا يتعين منزول له ، ويولي من له الولاية من يستحقها شرعاً) ؛ فمحمول على عدم تمام النزول إما لكونه قبل القبول من المنزول له أو قبل الإمضاء اذا كان النزول معلقاً بشرط الإمضاء ممن له ولاية ذلك أو على من رغب عنه رغبة مطلقة ، ولم يكن المنزول له أهلاً، ففي هذا يتجه القول به ، وأما اذا لم يكن النزول مشروطاً بالإمضاء ، وتم النزول بالقبول من المنزول له والإمضاء ممن له ولاية ذلك ، وكان المنزول له

أهلاً ؛ فلا ريب أنه ينتقل اليه عاجلاً بقبوله وليس لأحد التقرر عن المنزول له ، ولا يتوقف على تقرير ناظر ولا مراجعته له ؛ إذ هو حق له نقله الى غيره ، وهو مطلق التصرف في حقوقه ليس محجوراً عليه في شيء منها ، أشبه سائر حقوقه ؛ إذ لا فرق ، وله شواهد من كلامهم . منها ما ذكروا في المتحجر أن من نقله اليه يكون أحق به من غيره ، وكذا ذكروا أن من بيده أرض خراجية ليس للامام انتزاعها منه ودفعها الى غيره ، وإن آثر بها غيره صار الثاني أحق بها ، مع أن للامام نظرا ولم يعتبروه ، وقال « الموضح » : ملخص كلام الأصحاب يستحقها منزول له إن كان أهلاً ، وإلا فللناظر تولية مستحقها شرعاً . انتهى .

(وليس لمن هو أحق بشيء) كمتحجر موات ونحوه (بيعه) ؛ لأنه يملكه فلم يملك بيعه كحق الشفعة قبل الأخذ ، وكمن سبق الى مباح ، (فإن طالت المدة) ـ أي : مدة التحجر ـ (عرفاً كثلاث سنين ، ولم يتم إحياؤه ، وحصل متشوف لإحيائه قيل له) ؛ أي : قال له الإمام أو نائبه : (إما أن تحييه) فتملكه (أو تتركه) ليحييه غيرك ؛ لأنه ضيق على الناس في حق مشترك بينهم ، فلم يمكن من ذلك ، كما لو وقف على ضيق أو مشرعة ماء أو معدن لا ينتفع ولا يدع غيره ينتفع . (فإن طلب) المتحجر (المهلة لعذر أمهل ما يراه الحاكم من نحو شهر) كشهرين (أو ثلاثة) ؛ لأنه يسير ، وان لم يكن له عذر فلا يمهل ، بل يقال له : اما أن تعمر ، وإما أن ترفع يدك ، فإن لم يعمرها كان لغيره عمارتها .

(و)حيث أمهل لعذر (لا يملك)المكان المتحجر (بإحياء غيره) ـ أي : غير المتحجر ـ (زمن مهلة) أو قبلها ؛ لمفهوم قوله عليه الصلاة والسلام : « من أحيى أرض ميتة في غير حق مسلم فهي له » . ولأنه أحيى في حق غيره فلم يملكه ، كما لو أحيى ما يتعلق به مصالح ملك غيره ، ولأن حق المتحجر أسبق ، فكان أولى كحق الشفيع يقدم على شراء المشتري . وإن أحياه (بعدها) ـ أي : بعد مضي مدة المهلة ـ فإنه (يملك) ما أحياه . قال في «الإنصاف» : لا أعلم فيه خلافاً .

انتهى. وذلك؛ لأن الأول لا ملك له ، وحقه زال بإعراضه حتى مدة الإمهال.

قال في «الإنصاف» : فائدة : قسم الأصحاب الإقطاع الى ثلاثة أقسام : اقطاع تمليك وإقطاع استغلال وإقطاع إرفاق ، وقسم القاضي إقطاع التمليك الى موات وعامر ومعادن ، وجعل إقطاع الاستغلال على ضربين عشر وخراج .

(وللامام لا غيره اقطاع موات لمن يحييه) ؛ لأنه عليه الصلاة والسلام أقطع بلال بن الحارث العقيق أجمع ، وأقطع وائل بن حجر أرضاً ، وأقطع أبو بكر وعمر وعثمان وجمع من الصحابة رضي الله عنهم أجمعين.

(ولا يملكه) ـ أي : الموات ـ (بالإقطاع) ؛ لأنه لو ملكه لما جاز استرجاعه ، (بل) يصير المقطع (كمتحجره) ـ أي : الموات ـ الشارع في إحيائه هذا المذهب ، وعليه الأصحاب ؛ لأنه ترجح بالاحياء على غيره ، ويسمى تملكاً لمآله اليه .

(ولا) ينبغي للامام أن (يقطع إلا ما قدر) المقطع (على إحيائه) ؛ لأن في إقطاعه أكثر من ذلك تضييقاً على الناس في حق مشترك بينهم بما لا فائدة فيه ، (فإن زاد) الإمام أحداً ؛ بأن أقطعه أكثر بما يقدر على احيائه ، ثم تبين عجزه عن إحيائه (استرجعه) الإمام منه ، كما استرجع عمر من بلال بن الحارث ما عجز عن عمارته من العقيق الذي أقطعه إياه رسول الله صلى الله عليه وسلم . قال عمر لبلال : إن رسول الله صلى الله عليه وسلم لم يقطعك لتحجز عن الناس إنما أقطعك لتعمر ، فخذ منها ما قدرت على عمارته ، ورد الباقي. رواه أبو عبيد في الأموال. وله ـ أي : الامام ـ (أقطاع غير موات) [مطلقاً] ـ أي : له أرباب أو لا ـ تمليكاً ، وله اقطاع ذلك (انتفاعاً للمصلحة) دون غيرها. نقل حرب: القطائع جائز . ونقل يعقوب قطائع الشام والجزيرة من المكروهة كانت لبني أمية ، فأخذها هؤلاء ، ويجوز الاقطاع من مال الجزية كما في الاقطاع من مال الخراج. ومعنى الانتفاع :

أن ينتفع به في الزرع والاجارة وغيرهما مع بقائه للمسلمين ، وهو إقطاع الاستغلال .

(ويتجه) أنه يجوز إقطاع غير الموات (حيث لا أرباب له) ـ أي : لما أقطعه الامام من غير الموات ـ وأما مع وجود أربابه وتأهلهم للقيام ؛ فليس له انتزاعه منهم ، أو كان الامام (أقطع) ذلك (لأربابه) ابتداء لمصلحة رآها .

(و) يتجه (أنه في) إقطاع (التمليك ينقل لورثته) ـ أي: ورثة المقطع ـ ويكون (ملكاً) لهم ، فليس لأحد انتزاعه منهم ما داموا قائمين به ، وهو متجه [1] .

(فلو فقدت المصلحة) التي لأجلها جاز الاقطاع ابتداء ؛ (فله) ـ أي : الامام ـ (استرجاعه) ـ أي : استرجاع ما أقطعه ـ لاشتراط وجود المصلحة ابتداء واستمراره دواماً ؛ لأن الحكم يدور مع علته .

(وله) ـ أي : الامام ـ (اقطاع جلوس) للبيع والشراء (بطريق واسعة ورحاب) متسعة (غير محوطة) ؛ لأن ذلك يباح الجلوس فيه والانتفاع به حيث لا ضرر ، فجاز اقطاعه كالأرض الدارسة ، ويسمى إقطاع إرفاق ، (ما لم يضيق على الناس) ، فيحرم عليه أن يجلس من يرى أنه يضر بالمارة ؛ لأنه ليس للامام أن يأذن فيما لا مصلحة فيه فضلا عما فيه مضرة. (ولا يملكه مقطع) بالاقطاع ؛ لما ذكر في اقطاع الارض ، (بل يكون) المقطع (أحق به) بالجلوس

---

(١) أقول : قال الجراعي إذ هو يجري مجرى الاملاك الطلقة ، وهو مفهوم كلام الاصحاب . انتهى. قلت: ظاهر الاتجاه أن يكون ملكا لهم ، ولهم بيعه ونحوه لا كغيره، ولا يقيد بما داموا قائمين به كما قيد به شيخنا؛ إذ لامعنى للملكية إلا الإطلاق ، نعم ما قاله شيخنا يجري في إقطاع الاستغلال والارفاق ، لا في التمليك الذي ذكره المصنف ،وبحث المصنف صريح في « الانصاف » وغيره . انتهى .

فيها بمنزله السابق اليها من غير اقطاع ، لكن لا يسقطُ حقه بنقل متاعه ، بخلاف السابق ، وشرطه (ما لم يعد الامام في إقطاعه) ؛ لأنه كما أن له اجتهاداً في الاقطاع له اجتهاد في استرجاعه. وعلم مما تقدم أن رحبة المسجد لو كانت محوطة؛ لم يجز اقطاع الجلوس بها ؛ لأنها من المسجد .

(وإن لم يقطع) الامام الطريق الواسعة ورحاب المسجد غير المحوطة أحداً ؛ (فالسابق) اليها (أحق) بالجلوس فيها ، (ما لم ينقل قماشه عنه) - أي: المحل الذي جلس فيه لقول النبي صلى الله عليه وسلم : « من سبق الى ما لم يسبق اليه مسلم فهو أحق به » ولما روى الزبير أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : « لأن يحمل أحدكم حبلًا فيحتطب ، ثم يجيء فيضعه في السوق فيبيعه ، ثم يستغني به فينفقه على نفسه خير له من أن يسأل الناس أعطوه أو منعوه » . رواه أحمد . ومحل ذلك ما لم يضيق على أحد ولا يضر بالمـارة، ولا تفاق أهل الأمصار في سائر الأعصار على إقرار الناس على ذلك من غير انكار ، ولأنه ارتفاق بمباح من غير إضرار؛ فلم يمنع منه كالاجتياز، وعلم مما تقدم أنه اذا قام وترك متاعه أنه لا يجوز لغيره إزالته ، وأنه اذا نقل متاعه كان لغيره الجلوس فيه ، ولم يأت الليل، وهو الصحيح . وظاهره أنه لا يحتاج في ذلك الى إذن الامام (فإن أطاله) ؛ أي : أطال الجلوس من غير إقطاع (أزيل) ؛ لأنه يصير كالمتملك ، ويختص بنفع يساوي غيره ، و(له) - أي : الجالس بطريق واسع ورحبة مسجد غير محوطة بإقطاع أو غيره - (أن يستظل بغير بناء بما لا يضر كبارية و كسا) ؛ لأن الحاجة تدعو الى ذلك ، وليس له أن يبني دكة ولا غيرها في الطريق - ولو واسعاً - ولا في رحبة المسجد ؛ لما فيه من التضييق . (وليس له) - أي : لمن هو أحق بالجلوس - بإقطاع الامام أو بسبقه (الجلوس بحيث يمنع جاره رؤية المعاملين) لمتاعه ، أو يمنع وصولهم اليه ، (أو يضيق عليه) - أي : على جاره - (في كيل ووزن وأخذ وعطاء) ؛ لحديث : « لا ضرر ولا ضرار » . (وإن

سبق اثنان فأكثر لذلك) – أي : الى الطريق الواسع والى رحبة المسجد غير المحوطة ، – (أو) سبق (الى خان مسبل ، أو) سبقه الى (رباط ، أو) الى (مدرسة ، أو) الى (خانكاة) – مكان الصوفية – (ولم يتوقف فيها) – أي : المذكورات – (الى تنزيل ناظر) ، وضاق المكان عن انتفاع جميعهم (أقرع)؛ لأنهم استووا في السبق والقرعه مميزة . (والسابق الى معدن) غير مملوك (أحق بما يناله) منه ، باطناً كان المعدن أو ظاهراً ؛ لحديث : « من سبق الى ما لم يسبق اليه مسلم فهو أحق به » . ولا يمنع السابق (ما دام يعمل)؛ للحديث ، (ولا يمنع) السابق(اذا طال مقامه)، يعني للأخذ على الصحيح من المذهب. قال في « المستوعب » و «التلخيص» : والصحيح أنه لا يمنع مادام آخذاً ، وصححه الحارثي ، وجزم به في «الوجيز» .

(وإن سبق عدد) اثنان فأكثر الى المعدن المباح ، (وضاق المحل عن الأخذ جملة ؛ أقرع) كما لو سبق عدد الى طريق واسع ، وضاق عن الجلوس ؛ فيقرع كما سبق ، (فإن حفره) – أي: المعدن – انسان (آخر من جانب آخر) غير الذي حفر منه السابق ، (فوصل الى النيل ؛ لم يمنع) لأن حقه إنما تعلق بما وصل اليه دون غيره .

(والسابق الى مباح ؛ كصيد وعنبر وحطب ولقطة ولقيط وثمر) ولؤلؤ ومرجان (ومنبوذ رغبة عنه) كعظم به شيء من لحم رغب عنه ، ونثار في عرس ونحوه ، وما يتركه الحصاد من الزرع واللقاط من الثمر أحق به ؛ للحديث السابق ، وكذا ما ينبت في الجزائر والرقاق ، وكل موات من الطرفاء والقصب وغير ذلك من النباتات (أحق به) من غيره ، فيملكه بأخذه مسلماً كان أو ذمياً .

(ويقسم) ما أخذ من ذلك (بين عدد) اثنين فأكثر(بالسويه) ؛ لاستوائهم في السبب، والقسمة ممكنة ، وحذراً من تأخير الحق . ولا فرق في ذلك بين

ذي الحاجة والتاجر ؛ لأن الاستحقاق بالسبب لا بالحاجة ، (والملك مقصور فيه على القدر المأخوذ) ، فلا يملك ما لم يحزه ، ولا يمنع غيره منـه ، وكذا سبق واحد فأكثر الى ما ضاع بما لا تتبعه همة أوساط الناس كرغيف وتمرة وسوط ونحوها ؛ لأنه يملكه آخذه بمجرد التقاط ، ولا يحتاج لتفريق ، وكذا من سبق الى ما يسقط من الثلج والمن وسائر المباحات كاللادن ، وكذلك من سبق الى لقيط أو لقطة فهو أحق به بلا نزاع ، (فلو رأى اللقطة واحـد ، وسبق آخر لأخذها ؛ فهي لمن سبق) ؛ للحديث.(فإن) رآها اثنان و (أمر أحدهما صاحبه فأخذها) المأمور ونوى الأخذ (لنفسه) ؛ فهي له ، (أو أطلق) المأمور ، فلم ينوها لنفسه ولا غيره؛ فهي(له) أي : للمأمور ؛ لأنه السابق وقد عزل نفسه من التوكيل ؛ فهي لمن سبق ؛ للحديث .

(وان نوى) المأمور بأخذه لها أنهـا (للآمر ؛ فهي للآمر) في قول من يقول بصحه التوكيل في الالتقاط ، وجزم به الموفق وغيره. والمذهب لا يصح التوكيل فيه ؛ لعـدم قبوله النيابة ، ولأن المغلب فيه الائتمان ، والفرق بينه وبين الاصطياد أن الاصطياد تملك مال بسبب لا يتعين عليه ، فجاز كالابتياع، وتقدم في الوكالة.

(وان التقطاه) - أي : المذكور - (معاً فهو لهما) ؛ إذ لا سبق . (ووضع اليد عليه) - أي : على ما ذكر - (كأخذ) - أي : بمنزلته ، فيملك بمجرد وضع اليد عليـــه ، (وكذا لقيط) في الحكم كاللقطة ؛ إذ لا فرق بينه وبينهـــا .

فرع : الأسباب المقتضية للتمليك الإحياء والميراث والمعاوضات والوصايا والوقف والصدقات والغنيمة والاصطياد ووقوع الثلج في المكان الذي أعده وانقلاب الخمر خلًا والبيضة المذرة فرخاً .

(وللامام حمي موات) . قال في القاموس : حمى الشيء يحميه حمياً وحماية

— بالكسر — ومحمية منعه ، ثم قال : وأحمى المكان جعله حمى لا يقرب . انتهى .
وكان في الجاهلية من انتجع بلداً أو أتى بكلب على نشز ، ثم استعواه ، ووقف له من كل ناحية من يسمع صوته بالعواء فحيث ما انتهى صوته حماه من كل ناحية لنفسه ، ورعى مع العامة فيما سواه ، فنهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عنه ؛ لما فيه من التضييق على الناس ومنعهم من الانتفاع [بشيء] لهم فيه حق ، وجاء الشرع بأنه لا حمى إلا لله ولرسوله ، ويكون حمي الارض الموات (لرعي دواب المسلمين التي يقوم بحفظها من صدقة وجزية وضوال ودواب غزاه ورعي ماشية ضعيفاً) وغير ذلك ، (ما لم يضق) على المسلمين ؛ لما روى أبو عبيد عن عامر بن عبد الله ابن الزبير أحسبه عن أبيه قال : أتى أعرابي الى عمر ، فقال : يا أمير المؤمنين بلادنا قاتلنا عليها في الجاهلية ، وأسلمنا علينا في الإسلام . علام تحميها ؟ فأطرق عمر وجعل ينفخ ويفتل شاربه ، وكان اذا ركبه أمر فتل شاربه ونفخ ، فلما رأى الأعرابي ما به جعل يردد ذلك ، فقال عمر : المال مال الله ، والعباد عباد الله ، والله لولا ما أحمل عليه في سبيل الله ما حميت من الارض شبراً في شبر . قال مالك : بلغني أنه كان يحمل في كل عام على أربعين ألفاً من الظهر .
وعن أسلم قال : سمعت عمر يقول : لهني حين استعمله على حمى الربذه : يا هني اضمم جناحك عن الناس ، واتق دعوة المظلوم فإنها مجابة ، وادخل رب الصريمة والغنيمة ، ودعني من نعم ابن عوف ونعم ابن عفان ، فإنهما إن هلكت ماشيتهما رجعا الى نخل وزرع ، وان هذا المسكين إن هلكت ماشيته جاء يصرخ يا أمير المؤمنين ، فالكلأ أهون علي أم غرم الذهب والورق . إنها أرضهم قاتلوا عليها في الإسلام ، وانهم ليرون أنا نظلمهم ، ولولا النعم التي تحمل عليها في سبيل الله ما حميت على الناس من بلادهم شيئاً أبداً . ووجه هذا أن ما كان من مصالح المسلمين قامت الأئمة فيه مقام النبي صلى الله عليه وسلم ؛ لحديث : « ما أطعم

الله لنبي طعمة الا جعلها طعمة لمن بعده » . وروي أيضاً أن عثمان حمي واشتهر، ولم ينكر ، فكان كالإجماع . وحديث : « لا حمى إلا لله ولرسوله » . رواه أبو داود أجيب عنه بأنه مخصوص بما يحميه الإمام لنفسه ، فإنه يفارق حمى النبي صلى الله عليه وسلم لنفسه ؛ لأن صلاحه يعود الى صلاح المسلمين، وماله كان يرده في المسلمين ، ففارق الأئمة في ذلك ، وساووه فيما كان صلاحاً للمسلمين ، ولهذا اشترط في جواز الحمى أن لا يكون في قدر يضيق على المسلمين ؛ لأنه إنما جاز لما فيه من المصلحة ، وليس من المصلحة إكثار الضرر على أكثر المسلمين في التضييق عليهم .

(وله) — أي : الإمام — اذا حمى محلّا (نقض ما حماه) باجتهاده ، (أو) ؛ أي : وله نقض ما حماه (غيره من الأئمة) ؛ لأن حمى الأئمة اجتهاد فيجوز نقضه باجتهاد آخر ، وينبني على ذلك أنه لو أحياه إنسان ملكه ؛ لأن ملك الارض منصوص عليه ، والنص مقدم على الاجتهاد . قال البهوتي : وليس هذا من نقض الاجتهاد بالاجتهاد ، بل عمل بكل من الاجتهادين في محله كالحادثة اذا حكم فيها قاض بحكم ، ثم وقعت مرة أخرى ، وتغير اجتهاده كقضاء عمر في المشركة .

و(لا) ينقض أحد (ما حماه رسول الله صلى الله عليه وسلم) ؛ لأن النص لا ينقض بالاجتهاد ، فليس لأحد من الأئمة نقضه ولا تغييره ، (ولا يملك) ما حماه رسول الله صلى الله عليه وسلم (بإحياء) وهو المشار اليه في باب صيد الحرمين ونباتها من قوله وجعل النبي صلى الله عليه وسلم حول المدينة اثني عشر ميلًا حمى — (ولو لم يحتج اليه) — على الصحيح من المذهب ، وهو ظاهر كلام كثير من الأصحاب ، وجزم به في «الوجيز» وغيره . (وكان له صلى الله عليه وسلم فقط) دون غيره (أن يحمي لنفسه) ؛ لقوله عليه الصلاة والسلام « لا حمى الا لله ولرسوله » (ولم يفعل) ؛ أي : لم يحم صلى الله عليه وسلم لنفسه شيئاً ، وإنما حمى للمسلمين . فروى ابن عمر قال : « حمى النبي صلى

الله عليه وسلم النقيع لخيل المسلمين » . رواه أبو عبيد . والنقيـع ـ بالنون ـ موضع ينتقع فيه الماء فيكثر فيه الخصب .

تتمة : واذا كان الحمى لكافة الناس تساووا فيه جميعهم ، فان خص فيه المسلمون اشترك فيه غنيهم وفقيرهم ، ومنع منه أهل الذمة ، وإن خص فيه الفقراء منع منه الأغنياء وأهل الذمـه ، ولا يجوز أن يخص فيه الأغنياء دون الفقراء ، ولا أهل الذمة ، فلو امتنع الحمى المخصوص لعموم الناس جاز أن يشتركوا فيه لارتفاع الضرر على من يخص به ، ولو ضاق الحمى العام عن جميع الناس ؛ لم يجز أن يختص به أغنياؤهم ، ولا يجوز لأحد أن يأخـذ من أرباب الدواب عوضاً عن مرعى موات أو حمى لأنه عليه الصلاة والسلام أشرك الناس فيه . قاله في الأحكام السلطانية .

(فصل) : في مسائل من أحكام الانتفاع بالمياه غير المملوكة ونحوها (ولمن في أعلى ماء غير مملوك كالأمطار والأنهار الصغار أن يسقي) [ويحبسه] ـ أي : الماء ـ (حتى يصل الى كعبه ، ثم يرسله الى من يليه) ـ أي : الساقي أولا ـ (ثم هو) ـ أي : الذي أرسل اليه الماء ـ (كذلك) ؛ أي : يفعل كما فعل الأول (مرتباً) ؛ أي : ثم الذي يليه يفعل كما فعلا ، وعلى هذا يكون الحال الى أن تنتهي الأراضي كلهـا (إن فضل شيء) عمن قلنا إن له السقي والحبس ، (وإلا فلا شيء للباقي) ـ أي : لمن بعده ـ لأنـــه ليس له إلا ما فضل ، فهم كالعصبة مع أهل الفروض في الميراث ؛ لحديث عبادة بن الصامت : « أن النبي صلى الله عليه وسلم قضى في شرب النخل من السيل أن الأعلى يشرب قبل الأسفل ، ويترك الماء الى الكعبين ، ثم يرسل الماء الى الأسفل الذي يليه ، وكذلك حتى تنقضي الحوائط أو يفنى الماء » . رواه ابن ماجة وعبد الله بن أحمد ، ولحديث عبد الله بن الزبير أن رجلاً من الأنصار خاصم الزبير في شراج الحرة التي يسقون بها الى النبي صلى الله عليـه وسلم فقال النبي صلى الله عليه وسلم : « إسق يا زبير ،

ثم أرسل الماء الى جارك ، فغضب الأنصاري ، وقال يارسول الله : أن كان ابن عمتك ، فتلون وجه النبي صلى الله عليه وسلم ، فقال يا زبير إسق ثم احبس الماء حتى يرجع الى الجدر ، فقال الزبير : فوالله إني لأحسب هذه الآية نزلت فيه : « فـــلا وربك لا يؤمنون حتى يحكموك فيما شجر بينهم »[1] متفق عليـــه.

قال أبو عبيد : الشراج جمع شرج - نهر صغير - ، والحرة أرض ملتبسة بحجارة سود ، والجدر الجدار ، وإنما أمر النبي صلى الله عليه وسلم الزبير أن يسقي ثم يرسل الماء تسهيلاً على غيره ، فلما قال الأنصاري ما قال استوعى النبي صلى الله عليه وسلم للزبير حقه . (فان كان لأرض أحـدهم أعلى وأسفل) ؛ بأن كانت مختلفة منها مستعلية ومنها مستفلة (سقي كلًا) من ذلك (على حدته) - أي : على انفراده - (ولو استوى اثنان فأكثر في قرب) من أول النهر ؛ (قسم الماء) بينهم (على قدر الارض) - أي : أرض كل منهم - فلو كان لأحدهم جريب ولآخر جريبان ولآخر ثلاثة ؛ كان لرب الجريب السدس ، ولرب الجريبين الثلث ، ولرب الثلاثة النصف ؛ لأن الزائد في الارض من أرضه أكثر مساو في القرب ، فاستحق جزءاً من الماء كما لو كانوا ستة لكل واحد منهم جريب . ومحل ذلك « إن أمكن » قسمه بينهـــم ، (وإلا) يمكن قسمه ؛ (أقرع » بينهم ، فمن خرجت له القرعة قدم بالسقي ، فيسقي منه بقدر حقه ، ثم يقرع بين الآخرين ، فمن قرع سقى بقدر حقه ، ثم تركه للآخر ، وليس لمن تخرج له القرعة أن يسقي بجميع الماء ؛ لأن من لم يخرج له يساويه في استحقاق الماء (فان لم يفضل عن واحد سقى القارع بقدر حقه ، لا كل المـاء) ؛ أي : ليس للقارع السقي بكل الماء ؛ (لمساواة الآخر له) في الاستحقاق ، وإنما القرعة للتقدم في استيفاء الحق ، (بخلاف الأعلى مع الأسفل ؛ فلا حق للأسفل إلا في الفاضل) عن الأعلى كما تقدم .

---

(١) سورة النساء ، الاية : ٦٥

(وإن أراد إنسان إحياء أرض يسقيها منه) - أي : السيل أو النهر الصغير - ؛ (لم يمنع) من الإحياء ؛ لأن حق أهل الأرض الشاربة منه في الماء ، لا في الموات ، (ما لم يضر بأهل الأرض الشاربة منه) ، فإن ضرهم فلهم منعه ؛ لدفع ضرره عنهم ، (ولا يسقي قبلهم) ؛ لأنهم أسبق الى النهر منه ، ولأن من ملك أرضاً ملكها بحقوقها ومرافقها ، فلا يملك غيره إبطال حقوقها وسقيهم إياه بالسقي من حقوقها .

(ولو أحيى سابق) مواتاً (في أسفله) - أي : النهر - (ثم) أحيى (آخر) محلًا (فوقه) - أي : الأول - (ثم) أحيى (آخر) محلًا (فوق ثان يسقي المحيي أولاً) - وهو الأسفل - (ثم) سقي (ثان) في الإحياء ، وهو الذي فوق الأسفل ، (ثم) سقي (ثالث) - أي : الذي فوق الثاني - اعتباراً بالسبق الى الإحياء أول النهر ؛ لما تقدم أنه اذا ملك [الارض] ملكها بحقوقها ومرافقها .

(وإن حفر نهر صغير ، وسيق ماؤه من نهر كبير ملكه) ؛ أي : فيصير حافره مالكاً للماء الداخل اليه وقراره وحافتيه بانتهاء الحفر الى قصده ، (وهو) - أي : هذا النهر - يكون (بين جماعة) اشتركوا في حفره على قدر ملكهم في النهر ، وذلك معنى قوله (على حسب عمل ونفقة) ؛ لأنه إنما ملك بالعمارة ، وهو العمل والنفقة ، فإن كفاهم لما يحتاجون اليه فيها فلا كلام ، (وإن لم يكفهم وتراضوا على قسمته) بالمهايأة (بساعات أو أيام جاز فيه) ؛ لأن الحق لا يعدوهم ، (وإلا) ؛ أي : وإن لم يتراضوا على قسمته وتشاحوا ؛ (قسمه حاكم على قدر ملكهم) ؛ أي : قسم لكل واحد من الماء بقدر ما يملك من النهر ، (فتؤخذ خشبة) صلبة (أو حجر مستوي الطرفين والوسط ، فيوضع على موضع مستو من الارض في مصدم الماء فيه) حزوز أو (ثقوب متساوية في السعة على قدر حقوقهم) ، فإن كانت أملاكهم مختلفة ، قسم على قدر ذلك . (فلو كان لأحدهم نصفه ولآخر ثلثه ولآخر سدسه ؛ جعل فيه ستة ثقوب ؛ لرب النصف ثلاثة

ولرب الثلث اثنان ولرب السدس واحد ، يصب ماء كل واحد في ساقيته) ، فإذا حصل ماء كل في ساقيته انفرد به ، (فيتصرف فيه بما أحب) ؛ لانفراده بملكه ، فإن أراد أحدهم أن يجري ماءه في ساقية غيره ليقاسمه في موضع آخر؛ لم يجز له ذلك بغير رضاه ؛ لأنه يتصرف في ساقيته ، ويخرب حافتيها ويخلط حقه بحق غيره على وجه لا يتميز ، وما حصل لأحدهم في ساقيته تصرف فيه بما أحب (من سقي أو عمل رحى أو دولاب) أو عمل قنطرة يعبر الماء عليها أو غير ذلك من التصرفات؛ لأنهـــا ملكه لا حق لغيره فيها ، (لا التصرف بذلك)؛ أي : اذا كان النهر مشتركاً بين جماعة فليس لأحدهم أن يتصرف فيه بما أحب من فتح ساقيته الى جانب النهر ليأخذ حقه منها ، ولا أن ينصب على حافتي النهر رحى تدور بالماء ولا غير ذلك من نحو ما تقدم ؛ لأن حريم النهر مشترك ، فلم يملك التصرف فيه (قبل قسمة) ، فإن أراد أحد الشركاء أن يأخذ من النهر قبل قسمة شيء ، فيسقي به أرضاً في أول النهر أو غيره ؛ لم يجز ؛ لأن الأخذ منه ربما احتاج الى تصرف في أول حافة النهر المملوك لغيره ، (بلا إذن) شركائه ؛ كسائر الحقوق المشتركة ، (لكن لكل انسان أن يأخذ من ماء جار مملوك أو غيره لشربه ووضوئه وغسله وغسل ثيابه والانتفاع به في نحو ذلك مما لا يؤثر فيه بلا إذن مالكه ، اذا لم يدخل اليه في مكان محوط عليه ، ولا يحل لصاحبه المنع من ذلك) المذكور، (لا ما يؤثر فيه كسقي ماشية كثيرة) ؛ لمـا روى أبو هريرة قال : قال رسول الله صلى الله عليـه وسلم : « ثلاثة لا ينظر الله اليهم ولا يزكيهم ولهم عذاب أليم رجل كان له فضل ماء الطريق فمنعه ابن السبيل » . رواه البخاري ، وتقدم .

(ومن سبق الى قناة لا مالك لها ، فسبق آخر الى بعض أفواهها من فوق أو من أسفل؛ فلكل منهما ما سبق اليه)من ذلك ؛ للخبر .

تنبيه : إن احتاج النهر المشترك ونحوه الى عمارة أو تنظيف ؛ فعلى الشركاء

بحسب أملاكهم ، فإن كان بعضهم أدنى الى أوله من بعض ؛ اشترك الكل الى أن يصلوا الى الأول ، ثم لا شيء عليه إلى الثاني ، ثم يشترك الباقون حتى يصلوا الى الثاني ، ثم يشترك من بعده كذلك ، كلما انتهى العمل الى موضع واحد منهم لم يكن عليه فيما بعده شيء ؛ لأن الأول إنما ينتفع بالماء الذي في موضع شربه ، وما بعده إنما يختص بالانتفاع به من دونه ؛ فلا يشاركهم في مؤنته ، كما لا يشاركهم في نفعه ، فإن كان يفضل عن جميعهم منه ما يحتاج الى مصرف ؛ فمؤنته على جميعهم ؛ لاشتراكهم في الحاجة اليه والانتفاع به ، فكانت مؤنته عليهم كأوله .

(ولمالك أرض منعه من الدخول بها) - أي : بأرضه - (ولو كانت رسومها) - أي : القناة المحياة - (في أرضه) - أي : أرض المانع ، فلا يدخل المحيي في القناة في أرض غيره بغير إذنه ؛ لأنه تصرف في ملك الغير بغير إذنه ، ولا ينافي هذا ما ذكروه في الصلح من أن من وجد رسوم خشبة أو مسيل مائه ونحوه في أرض غيره ، يقضى له به عملاً بالظاهر ؛ لأنا هنا علمنا عدم سبق الملك ؛ لأن المحيي إنما ملك ماءه بالإحياء ، فوجود الرسوم لا يدل على سبق ملكه ، بخلاف الجار ونحوه بمن ملكه ثابت .

(ولا يملك) رب أرض (تضييق مجرى قناة في أرضه من خوف لص) نصاً ؛ لأن مجراها لصاحبها ، فلا يتصرف غيره فيه بغير إذنه ؛ لأن فيه ضرراً عليه بتقليل الماء ، ولا يزال الضرر بالضرر .

(ومن سد له ماء لجاهه) ليسقي به أرضه ؛ (فلغيره) - أي: غير المتجوه - بمن لا استحقاق له في أصل الماء إلا بالحاجة ؛ (السقي منه) - أي : من الماء المسدود للمتجوه - (ما لم يكن تركه) - أي : هذا الغير - السقي من الماء المسدود سبباً لأن (يرده)؛ أي : يرد المتجوه الماء الذي سده (على من سده عنه)، فيمتنع عليه السقي في هذه الحالة ؛ لأنه تسبب في ظلم من سد عنه بتأخير حقه .

نقل مثني: من سد له الماء لجاهه أفأسقي منه اذا لم يكن تركي له يرده على من سده عنه فأجازه بقدر حاجتي .

تتمة : واذا حصل نصيب انسان في ساقيته فله أن يسقي بها ما شاء من الارض ، سواء كان لها رسم شرب من هذا النهر أو لا ، وله أن يعطي من يسقي به ؛ لأنه ماء قد انفرد باستحقاقه ، فكان أن يسقي منه ما شاء ، كما لو انفرد به من أصله .

﴿ باب الجعالة ﴾

الجعالة : ـ بتثليث الجيم ـ كما أفاده ابن مالك ، يقال جعلت له جعلًا أوجبت . وقال ابن فارس : الجعل والجعالة والجعلية ما يعطاه الإنسان على أمر يفعله ، والأصل في مشروعيتها قوله تعالى : « ولمن جاء به حمل بعير »[1] وكان معلوماً عندهم كالوسق ، وشرع من قبلنا شرع لنا ما لم يكن في شرعنا ما يخالفه. وحديث اللديغ شاهد بذلك ، مع أن الحكمة تقتضيه ، والحاجة داعية اليه ؛ فإنه قد لا يوجد من يتبرع بالعمل ، فاقتضت جواز ذلك .

وشرعاً (جعل) ـ أي : تسميته ـ (مال معلوم كأجرة) بالرؤية والوصف ، و(لا) يشترط أن يكون معلوماً إن كان (من مال محارب) ـ أي: حربي ـ فيصح مجهولاً كما تقدم في الجهاد .

(ويتجه) صحة الجعالة بقدر معلوم أو مجهول ؛ كقول شخص لآخر : (بع ثوبي بكذا) درهم (فما زاد) عما عينته لك من الثمن فهو (لك) ، وهذا

---

(١) سورة يوسف ، الآية : ٧٢

الاتجاه مبني على احتمال مرجوح. قال في «المغني»[1] : ويحتمل أن تجوز الجعالة مع جهالة العوض اذا كانت الجهالة لا تمنع التسليم ؛ نحو أن يقول : من رد عبدي الآبق فله نصفه ، ومن رد ضالتي فله ثلثها ، فإن أحمد قال : «اذا قال الأمير في الغزو : من جاء بعشرة رؤوس فله رأس جاز ، وقالوا : اذا جعل جعلاً لمن يدله على قلعة أو طريق سهل ، وكان الجعل من مال الكفار ؛ جاز أن يكون مجهولاً كجارية يعينها العامل ؛ فيخرج ها هنا مثله ، فأما اذا كانت الجهالة تمنع من التسليم؛ لم تصح الجعالة وجهاً واحداً . (لمن يعمل) متعلق بجعل له - أي : الجاعل - (عملاً مباحاً) لا محرماً كمزمار وغناء .

(ويتجه لا) تصح الجعالة لمن يعمل عملاً (عبثاً) ؛ لأنه لا فائدة فيه ؛ (كساع يقطع أياماً في يوم) واحد ، ومثله في عدم الصحة تكليف فوق الطاقة (كرفع ثقيل) من حجر أو غيره (ومشي على حبل) ؛ لأنه مخاطرة لم يأذن فيه الشارع ؛ فلا تنعقد الجعالة على شيء من ذلك ؛ لاشتراط الإباحة ، وهذه الأشياء إما أن يخشى فاعلها الضرر في بدنه أو لا ، فإن خشي الضرر فحرام ، وإلا فمكروه ، وعلى كل يكون غير مباح ، وهو متجه[2] . (ولو) كان العمل (مجهولاً) اذا كان العوض معلوماً؛ كخياطة ثوب لم يصفها ،ورد لقطة لم يعين موضعها ؛ لأن الجعالة جائزة لكل منهما فسخ ، فلا يؤدي الى أن يلزمه مجهول، بخلاف الإجارة (مع شخص) جائز التصرف ، أو لمن يعمل له (مدة ، ولو) كانت المدة (مجهولة)؛ كمن حرس زرعي فله كل يوم كذا. قال في «الشرح» :

---

(١) أقول : نقل شيخنا تبعاً للجراعي عبارة « المغني » ، وليس فيها تصريح بما في الاتجاه ، بل ذكر احتمالا إذا كان العوض مجهولا . وما في الاتجاه تقدم في الوكالة تصريحهم بصحة ذلك ، وهو كمال الحربي ، فحيث صح به مجهولا فكذلك في بحث المصنف . انتهى .

(٢) أقول : ذكر الاتجاه الجراعي ، وقرر نحوا مما قرره شيخنا ، والاتجاه يؤخذ من كلامهم في مواضع ، وهو ظاهر . انتهى .

ويصح الجعل على مدة مجهولة ، وعلى مجهول اذا كان العوض معلوماً ؛ لأنها عقد جائز من الطرفين ، فجاز أن يكون العمل فيها مجهولاً ؛ والمدة مجهولة؛ كالشركة والوكالة ، ولأن الجائزة لكل منهما فسخها ، فلا يؤدي الى أن يلزمه مجهول عنده اذا كان العوض معلوماً ، ولأن الحاجة تدعو الى كون العمل مجهولاً ، وكذلك المدة ؛ لكونه لا يعلم موضع الضالة والآبق ، ولا حاجة الى جهالة العوض ، ولأن العمل لا يصير لازماً ؛فلم يشترط كونه معلوماً ، والعوض يصير لازماً بإتمام العمل ، فاشترط العلم به . انتهى .

ولو جعله لغير معين؛(كـ)أن يقول:(من بنى لي هذا الحائط) فله كذا ، أو من رد عبدي الآبق ، أو من (أقرضني زيد بجاهه ألفاً) فله كذا ؛ لأن الجعـــالة في مقابلة ما بذله من جاهه من غير تعلق له بالقرض ، (أو أذن بهذا المسجد شهراً فله كذا ،ومن فعله من مديني) - أي : ممن لي عليه دين - (فهو بريء من كذا) ؛فيصح العقد مع كونه تعليقاً ؛ لأنـــه في معنى المعاوضة ، لا تعليقاً محضاً . (فمن بلغه) الجعل (قبل فعله) العمل المجعول عليه ذلك العوض؛ (استحقه) - أي:الجعل (به) أي:بالعمل بعد - لاستقراره بتمام العمل كالربح في المضاربة ، فإن تلف فله مثل مثلي وقيمة غيره ، ولا يحبس العـامل العين حتى يأخذه.(و)من بلغه الجعل(في أثنائه) - أي: العمل - فله من الجعل (حصة تمامه)؛ أي : فإنه يستحق من الجعل بقسط ما بقي من العمل فقط ؛ لأن عمله قبل بلوغه الجعل وقع غير مأذون فيه، فلم يستحق عنه عوضاً ؛لبذله منافعه متبرعاً بها،ومحل ذلك(إن أتمه) - أي:العمل - (بنية الجعل،و)لهذا لو لم يبلغه الجعل إلا(بعده) - أي : بعد تمـام العمل - (لم يستحقه) - أي : الجعل - ولا شيئاً منه لما سبق ، (وحرم) عليه (أخذه) - أي :الجعل - لأنه من أكل المال بالباطل، إلا أن تبرع له ربه به بعد إعلامه بالحال .

(وفي كلام ابن الجوزي)في المنتظم : يجب على الولاة إيصال قصص أهل

الحوائج ، (فاقامة من يأخذ الجعل على إيصال القصص للولاة حرام) ؛ لأنه من أكل المال بالباطل . قال في «الفروع» : ويتوجه احتمال ، ولعله ظاهر كلام ابن الجوزي إن وجب عليه حرم ، والا فلا. (و) ان قال جائز التصرف لزيد مثلاً : (إن رددت لقطتي فلك كذا) فيستحقه إن ردها هو ، و (لم يستحقه من ردها دونه) - أي : دون زيد - المقول له ذلك ؛ لأن ربها لم يجاعله على رده ، وإن كانت بيد إنسان فجعل له مالكها جعلا ليردها ؛ لم يبح له أخذه . ذكره في « المبدع » .

(والجماعة) إن فعلت المجاعل عليه (تقتسمه) - أي: الجعل- لأنهم اشتركوا في العمل الذي به استحق الجعل ، فلو قال قائل : (من نقب السور فله دينار، فنقبوه) ؛ أي : نقبه ثلاثة (نقباً واحداً ، استحقوا ديناراً) واحداً بينهم أثلاثاً ؛ لأنهم اشتركوا في العمل الذي يستحق به العوض ، فاشتركوا في العوض كالأجر في الإجارة . (و) إن نقب (كل واحد نقباً فكل واحد ديناراً) كما لو قال : (من دخل هذا النقب فله دينار ، فدخله جماعة ؛ استحق كل واحد) منهم (ديناراً) ؛ لأن كل واحد من الداخلين دخل دخولاً كاملا كدخول المنفرد، فاستحق العوض كاملا .

و (لو) فاوت بين الجماعة العاملين ، (فجعل لإنسان في رد آبق) على رده (ديناراً ، أو) جعل (لآخر دينارين ، أو) جعل (لآخر ثلاثة) دنانير ؛ فان رده واحد استحق جعله ، وإن (رده)؛ أي : رد الآبق الثلاثة (فلكل) واحد منهم (ثلث ما جعل له) ؛ لأنه عمل ثلث العمل ، فاستحق ثلث المسمى ، وان رده اثنان منهم فلكل واحد منها نصف جعله ؛ لأنه عمل نصف العمل ،فاستحق نصف المسمى ، (و)ان جعل (لواحد) عوضاً (معلوماً) كدينار مثلا ، و جعل لآخر عوضاً (مجهولاً) . فرداه معاً ؛ (فلرب المعلوم نصفه ، وللآخر أجر عمله. وان) جعل رب العبد الآبق مثلا لواحد معين كزيد شيئاً ، (فرده من جوعل)

ـ وهو زيد في المثال ـ هو (وآخران معه ، وقالا) ـ أي : الآخران ـ : رددناه معاونة لزيد ؛ (استحق) زيد (كل الجعل) ، ولا شيء لهما ؛ لأنهما تبرعا بعملهما. (وان قالا) رددناه (لنأخذ العوض منه) لأنفسنا ؛ (فلا شيء لهما) لأنهما عملا من غير جعل ، (وله ثلث الجعل) ؛ لأنه عمل ثلث العمل ، فاستحق ثلث الجعل. قال الموفق : ولا أعلم فيه خلافاً .

(ولو نادى غير صاحب الضالة) ، فقال : (من ردها فله دينار) فردها إنسان (فالدينار على المنادي ؛ لأنه كان ضمن العوض) فالتزم به ، ولا شيء على ربها ؛ لأنه لم يلتزمه ، (لا إن قال) المنادي غير رب الضالة في النداء : (قال فلان من ردها) ـ أي : ضالتي ـ فله دينار ، ولم يكن ربها . قال ذلك فردها إنسان لم يضمن المنادي ؛ لأنه لم يلتزم العوض والراد مقصر بعدم الاحتياط .

(ويصح الجمع بين تقدير المدة والعمل) في الجعالة ؛ كأن يقول : من خاط هذا الثوب في يوم فله كذا ، فان أتى به فيها استحق الجعل ، ولم يلزمه شيء آخر ، وإن لم يف به فيها ؛ فلا شي له . (ولو قال من داوى لي هذا) الجريح (حتى يبرأ) من جرحه ، أو داوي هذا المريض حتى يبرأ من مرضه ، أو داوي هذا الأرمد حتى يبرأ من رمده فله كذا ؛ (لم يصح) العقد فيها (مطلقاً) ـ أي : لا اجارة ولا جعالة ـ صححه في «الإنصاف» وغيره . (و) ان قال رب آبق (من رد عبدي فله كذا ، وهو) ـ أي : المسمي أكثر من دينار أو أكثر من اثني عشر درهماً ، فرده إنسان ؛ استحق الجعل بعمل ما جوعل عليه ؛ كرد اللقطة وبناء الحائط ؛ لأنه قد استقر على الجاعل بالعمل ، وإن كان المسمى (أقل من دينار أو) أقل من (اثني عشر درهماً) فضة (اللذين قدرهما الشارع لمن رد آبقاً) ـ أي : الراد ـ (فله) برد الآبق (الجعل فقط عملاً بالشرط) ، قدم في «الفروع» أنه لا يستحق الا المسمى . قال في « التنقيح »

وشرح «المنتهى» : وهو ظاهر كلام غيره ، ووجهه أنه رده على ذلك فلم يستحق غيره ، (خلافاً له) – أي : « للاقناع » فإنـــه قال : وإن لم يكن – أي : المسمى – أكثر من دينار أو اثني عشر درهماً ؛ فله في العبد ما قدره الشارع انتهى . (ويستحق من) سمي له جعل على رد آبق و(رده من دون مسافة معينة القسط) من الجعل المسمى ، فإن كان المحل الذي رده منه نصف المسافة استحق نصف المسمى ، وان كان أقل أو أكثر فبحسابه ، وإن رده من موضع (أبعد) من البلدة المسماة فله (المسمى فقط) ؛ لأنه لم يجعل للزائد على المسافة عوضاً ، فلم يستحق في مقابلته شيئاً ، وإن رده من غير البلد المسمى ومن غير طريقه ؛ فلا شيء له ؛ لأن ربه لم يجعل على رده من غير البلد الذي عينه عوضاً ؛ فالراد من غيره متبرع بعمله ، كما لو جعل رب آبقين في رد أحد عبديه كسالم شيئاً معيناً فرد العبد الآخر ؛ فلا يستحق الجعل المعـين . قاله في « المغني » و « الشرح » ومشى عليه في «الإقناع» وخالفهم شارحه ، فقال : قلت : بل ما قدره الشارع ، وكذا التي قبلها ، كذا قال .

(و) يستحق (من رد أحد آبقين) جوعل على ردهما (نصفه) – أي : نصف الجعل – عن ردهما ؛ لأنه رد نصفهما ، وظاهره سواء استوت قيمتهما أم اختلفت ، وكذا لو قال : من خاط لي هذين الثوبين فله كذا ، فخاط أحدهما فله بقدره من الجعل ، ومحل ذلك اذا لم يكن في اللفظ ما يدل على فعل الشيئين معاً ؛ كما لو قال: من ردهما كليهما فله كذا .

(وبعد شروع عامل) في العمل (ان فسخ جاعل فعليه) لعامل (أجرة) مثل (عمله) ؛ لأنه عمل بعوض لم يسلم له ، فكان له أجرة عمله ، وما عمله بعد الفسخ لا أجرة له عليـه ؛ لأنه عمل غير مأذون فيه ، وان زاد الجاعل أو نقص من الجعل قبل الشروع في العمل ؛ جاز وعمل به ؛ لأنه عقد جائز فجاز فيه ذلك ؛ كالمضاربة.

(وإن فسخ عامل) قبل تمام عمله (فلا شيء له) ؛ لإسقاط حق نفسه حيث لم يوف ما شرطه عليه .

(وإن اختلفا في أصل الجعالة) ـ أي: التسمية ـ بأن أنكره أحدهما ؛ فالقول (قول من ينفيه) منهما ؛ لأن الأصل عدمه ، وإن اختلفا (في قدره) ـ أي:الجعل ـ (أو)اختلفافي قدر (المسافة) بأن قال الجاعل : جعلت ذلك لمن رده من عشرة أميال ، فقال العامل : بل من ستة أميال ، أو اختلفا في عين العبد الذي جعل فيه الجعل في رده ، فقال: رددت العبد الذي جعلت الىالجعل فيه ، فأنكر الجاعل ، وقال : بل شرطته فيالعبد الذي لم ترده ؛ فالقول (قول جاعل) ؛ لأنه منكر لما يدعيه العامل زيادة عما يعترف ، والأصل براءته .

(وإن عمل) شخص (ولو المعد لأخذ أجرة) على عمله كالملاح والمكاري والحجام والقصار والخياط والدلال والنقاد والكيال والوزان وشبههم ممن يرصد نفسه للتكسب بالعمل، وأذن له المعمول له فيالعمل ؛ فله أجرة المثل ؛ لدلالة العرف على ذلك ، وإن لم يكن معداً لأخذ الاجرة ، وعمل (لغيره عملا بلا اذن أو بلا جعل) ممن عمل له ؛ (فلا شيء له) ؛ لأنه بذل منفعته من غير عوض فلم يستحقه ، ولئلا يلزم الإنسان ما لم يلتزمه ، ولم تطب نفسه به (الا في تخليص مال غيره ولو) كان مال غيره (قناً من بحر) أو فم سبع (أو فلاة) يظن هلاكه في تركه ؛ فله (أجر مثله) ، وإن لم يأذن له ربه ؛ لأنه يخشى هلاكه وتلفه على مالكه ، بخلاف اللقطة ، وكذا لو انكسرت السفينة فخلص قوم الأموال من البحر فتجب لهم الأجرة على الملاك ؛ لأن فيه حثاً وترغيباً في إنقاذ الأموال من المهلكة ؛ فإن الغواص اذا علم أن له الاجرة غرر بنفسه وبادر الى التخليص ، بخلاف ما اذا علم أن لا شيء له ، وإلا في (رد آبق من قن ومدبر وأم ولد إن لم يكن) الراد (الإمام) ، فإن كان الإمام الراد (أو نائبه)؛ فلا شيء له ؛ لانتصابه للمصالح ، وله حق في بيت المال على ذلك ، ولذلك لم يكن له الأكل

من مال اليتيم كما سبق ، وإن كان الراد غيرهما ؛ فله (ما قدره الشارع) ديناراً واثنا عشر درهماً . هذا المذهب . قال في «الرعاية» وشرح الحارثي وغيرهما : وسواء كان الراد زوجاً أو ذا رحم في عيال المالك ، وجزم به في « الوجيز » وغيره . روي عن عمر وعلي وابن مسعود ، وروى ابن أبي مليكة وعمرو بن دينار مرسلا : « أن النبي صلى الله عليه وسلم جعل في رد الآبق اذا جاء به خارجاً من الحرم ديناراً » . والمعنى فيه الحث على حفظه على سيده ، وصيانة العبد عما يخاف من لحاقه بدار الحرب ، والسعي في الارض بالفساد ، بخلاف غيره من الحيوان والمتاع ، (سواء رده من داخل المصر أو خارجه) ، قربت المسافة أو بعدت ، (ما لم يمت سيد مدبر) خرج من الثلث (وأم ولد قبل وصول) اليه (فيعتقا ؛ فلا شيء له) ـ أي : لرادهما في نظير الرد ـ لأن العمل لم يتم ؛ اذ العتيق لا يسمى آبقاً ، (أو يهرب) الآبق من واجده قبل وصوله ؛ لأنه لم يرد شيئاً ، (ويأخذ) راد الآبق من سيده أو تركته (ما أنفق عليه أو) ما أنفق (على دابة) يجوز التقاطها (في قوت) وعلف . قال شيخنا : ومثله كسوة وأجرة حمل احتيج اليها، لا دهن وحلوى ، (ولو هرب) أو لم يستحق جعلا لرده من غير بلد سماه ، (أو لم يستأذن) المنفق (مالكاً) في الانفاق (مع قدرة) على استئذانه ؛ لأن الانفاق مأذون فيه شرعاً ؛ لحرمة النفس ، وحثاً على صون ذلك على ربه ، بخلاف الوديعة .

(ولا) يجوز لواجد آبق أن (يستخدمه بدل نفقته) عليه كالعبد المرهون وأولى .

(ويؤخذ جعل ونفقة من تركة) سيد(ميت)؛ كسائر الحقوق عليه ، (ما لم) ينو أن (يتبرع) بالعمل والنفقة ،فإن نوى التبرع ؛ فلا نفقة له ، و كذا لو نوى بالعمل التبرع لا أجرة له ، ومقتضاه لا تعتبر نية الرجوع ، بخلاف الوديعة ،

(ويجوز ذبح) حيوان (مأكول) اذا (خيف موته) صرح به في «المغني» و«الشرح» وشرح ابن رزين وغيرهم .

(ويتجه) أنه (يجب) عليه ذبح الحيوان المأكول استنقاذاً له من التلف، وحفظاً لماليته . وهو متجه . [1] (وكذا بيع ما) - أي : متاع أو حيوان - (استنقذه) من مهلكة (خوف تلفه) . قال الشيخ تقي الدين : وان وجد فرساً لرجل من المسلمين مع اناس من العرب - أي : قطاع الطريق - فأخذ الفرس منهم ، ثم إن الفرس مرض بحيث لم يقدر على المشي ؛ جاز للآخذ بيعه، بل يجب عليه في هذه الحالة أن يبيعه لصاحبه ، وان لم يكن وكله في البيع ، ونص عليه الأئمة على هذه المسألة ونظائرها ، ويحفظ الثمن لربه . انتهى

(ويتجه وكذا) يجوز بيع (نحو وديعة) كلقطة (ورهن) خيف تلفه، ويحفظ ثمنه لربه ، وهو متجه [2] .

(ولا يضمن ما نقصه) حيوان مأكول (بذبح ؛ لأنه متى كان العمل في مال الغير إنقاذاً له من التلف) المشرف عليه ؛ (جاز) بغير إذن مالكه ، ولا ضمان على المتصرف ان حصل به نقص ؛ لأنه محسن . (فلو وقع حريق بدار ، فهدمها غير ربها بلا إذن على النار خوف سريان أو هدم قريباً منها خوف تعديها)

---

(١) أقول: ذكره الجراعي ، وقال : هو مقيس على ما في الفتاوى المصرية ؛ أي: التي ذكرها في « الإقناع » في مسألة الدابة مع البدو ، ولم أر من صرح به ، وهو قياس ظاهر ، ويؤخذ من كلامهم أيضاً ، فتأمل . انتهى .

(٢) أقول : ذكره الجراعي ، وأقره ، وهو ظاهر تقدم مايؤيده صريحاً ، وهذا الاتجاه وما قبله مبني ذلك على أن من حصل بيده مال غيره وجب عليه حفظه ، فحيث كان يخشى تلفه ولم يكن مالكه حاضراً يمكن إعلامه ، فيفعل مافيه حظ من بيع أو غيره حسب ما يراه أنفع ، وهو الموافق للقواعد والنظائر ، فتأمل . انتهى .

وعتوها ؛ (لم يضمن) . ذكره ابن القيم في الطرق الحكمية ، ثم قال : (وكذا لو رأى السيل يقصد) الدار (المؤجرة) ، فبادر ، (وهدم الحائط ليخرج السيل)، ولا يهدم الدار ؛ كان محسناً ، ولا يضمن. انتهى .

(والآبق) وغيره من المال الضائع (بيد آخذه أمانة) ، إن تلف قبل التمكن من رده بغير تفريط ولا تعد ؛ فلا ضمان عليه ؛ لأنه محسن بأخذه ، (ومن ادعاه) - أي : الآبق - أنه ملكه بلا بينة ، (فصدقه الآبق المكلف ؛ أخذه) ؛ لأنه اذا استحق أخذه بوصفه إياه فتصديقه على أنه ملكه أولى ، وأما قول الصغير فغير معتبر ، (فإن لم يجد) واجد الآبق (سيده ؛ دفعه لنائب إمام)، فيحفظه لربه إلى أن يجده .

(ولنائب إمام بيعه لمصلحة) رآها في بيعه ، ويحفظ ثمنه لانتصابه لذلك. (فلو قال سيده بعد بيع) ؛ أي : بعد أن باعه واجده : (كنت أعتقته)قبل صدور البيع ؛ (عمل به) - أي : بقوله هذا - (وبطل البيع) ؛ لأنه لا يجر به إلى نفسه نفعاً ، ولا يدفع عنها ضرراً، ولم يصدر منه ماينافيه ، وليس لواجد العبد بيعه ولا يملكه بعد تعريفه ؛ لأن العبد يتحفظ بنفسه ؛ فهو كضوال الإبل ، لكن جاز التقاطه ؛ لأنه لا يؤمن لحاقه بدار الحرب وارتداده واشتغاله بالفساد .

تكميل : وكل ما جاز أن يكون عوضاً في الإجارة جاز أن يكون عوضاً في الجعالة ؛ فيصح أن يجعل لعامل نفقته وكسوته ؛ كاستئجاره بذلك مفرداً أو مع دراهم مسماة ، وتزيد الجعالة بجعل مجهول من مال حربي ، وكل ما جاز عليه أخذ العوض في الإجارة من الأعمال جاز عليه أخذ العوض في الجعالة ، وما لا يجوز أخذ العوض عليه في الإجارة كالغناء والزمر وسائر المحرمات لا يجوز أخذ الجعل عليه ؛ لقوله تعالى : (ولا تعاونوا على الاثم والعدوان).[1]

---

(١) سورة المائدة ، الآية : ٢

باب اللقطة

قال في القاموس : اللقطة محركة و كحزمة وهمزة وثمامه ماالتقط انتهى . وقوله محركة – أي : مفتوحة اللام والقاف – وحكي عن الخليل اللقطة– بضم اللام وفتح القاف – الكثير الالتقاط . وحكي عنه في الشرح اسم للملتقط ؛ لأن ما جاء على فعلة فهو اسم للفاعل كالضحكة والصرعة والهمزة واللمزة . واللقطة بسكون القاف الملقوط مثل الضحكة الذي يضحك منه ، والهزأة الذي يهزأ به. وعرفاً : (مال) كنفقة ومتاع (أو مختص) كخمرة الخلال (ضائع) كالساقط من مالكه من غير علمه (أو ما في معناه) كمتروك قصداً لمعنى ومدفون منسي (لغير حربي) ؛ لأنها إن كانت لحربي مالكها واجدها ؛ كما لو ضل الحربي الطريق ، فأخذه إنسان ؛ فإنه يكون لآخذه. والأصل في اللقطة ما روى زيد بن خالد الجهني قال: سئل رسول الله صلى الله عليه وسلم عن لقطة الذهب والورق فقال : « إعرف وكاءها وعفاصها، ثم عرفها سنة ، فإن لم تعرف فاستنفقها ولتكن وديعة عندك ، فإن جاء طالبها يوما من الدهر فادفعها إليه » . وسأله عن ضالة الإبل فقال « مالك ولها ؟ دعها ، فإن معها حذاءها وسقاءها ترد الماء وتأكل الشجر حتى يجدها ربها» . وسأله عن الشاة فقال : « خذها فإنما هي لك أو لأخيك أو للذئب» . متفق عليه ، والوكاء الخيط الذي يشد به المال في الخاصة في الخرقة، والعفاص الوعاء الذي هي فيه من خرقة أو قرطاس أو غيره . قال أبو عبيد : والأصل أنه الجلد الذي يلبس رأس القارورة . وقوله معها حذاءها يعني خفها؛ لأنه لقوته وصلابته يجري مجرى الحذاء . وسقاءها بطنها ؛ لأنها تأخذ فيه كثيرا فيبقى معها يمنعها العطش، والضالة اسم للحيوان خاصة دون سائر اللقطة، والجمع ضوال . ويقال لها أيضاً الهوامي والهوامل . قاله الشارح .

(فمن أخذ متاعه) في نحو حمام من ثياب أو مداس ونحوه ، (وترك) - ببناء الفعلين للمجهول - (بدله) - أي : شيء متمول غيره - فالمتروك (كلقطة) . نص عليه في رواية ابن القاسم وابن بختان ، وجزم به في «الوجيز» وغيره . قال في « المغني » : ومن أخذت ثيابه من الحمام ، ووجد غيرها ؛ لم يأخذها ، فان أخذها عرفها سنة ، ثم تصدق بها ، إنما قال ذلك ؛ لأن سارق الثياب لم يجر بينه وبين مالكها معاوضة تقتضي زوال ملكه عن ثيابه ، فاذا أخذها فقد أخذ مال غيره ، ولا يعرف صاحبه ، (فيعرفه) كاللقطة . انتهى .

(ويأخذ) المأخوذ متاعه (حقه منه) - أي : المتروك بدل متاعه - (بعد تعريفه) على المذهب من غير رفعه إلى حاكم . قال الموفق والشارح: هذا أقرب إلى الرفق بالناس . قال الحارثي : وهذا أقوى على أصل من يرى أن العقد لا يتوقف على اللفظ ، لأن فيها نفعاً لمن سرقت ثيابه بحصول عوض عنها ؛ ونفعاً للآخر ان كان سارقاً بالتخفيف عنه من الاثم ، وحفظاً لهذه الثياب عن الضياع ، فلو كانت الثياب المتروكة أكثر قيمة من المأخوذة ؛ فانما يأخذ منها بقدر قيمة ثيابه ؛ لأن الزائد فاضل عما يستحقه ، ولم يرض صاحبها بتركها عوضاً عما أخذه ، (ويتصدق بباق) إن أحب ، (أو يدفعه) - أي : الباقي - (لحاكم) ليبرأ من عهدته . (وصوب في « الانصاف ») وجوب التعريف (إلا مع قرينة تقتضي السرقة) بأن تكون ثيابه أو مداسه خيراً من المتروكة ، وهي مما لا تشتبه على الآخذ بثيابه ومداسه ؛ لأن التعريف إنما جعل في المال الضائع عن ربه ليعلم به ويأخذه ، وتارك هذه عالم بها راض ببدلها عوضاً عما أخذه ، ولا يعترف أنه له ؛ فلا يحصل من تعريفه فائدة . قال الحارثي : وهذا أحسن . انتهى . لكن الأول عليه المعول .

(وهي) - أي : اللقطة - (ثلاثة أقسام) .

(أحدها : ما لا تتبعه همة أوساط الناس) يعني ما لا يهتمون في طلبه .

قال في القاموس : الهمة - بالكسر وتفتح - ماهم به ليفعل (كسوط) ما يضرب به ، هو فوق القضيب ودون العصي (وشسع) أحد سيور النعل الذي يدخل بين الاصبعين (ورغيف) وكسرة وتمرة (وعصي) ، وكل مالا خطر له كخرقة وحبل لا تتبعها الهمة ، ونص في رواية أبي بكر بن صدقة أنه يعرف الدرهم ، وقال ابن عقيل : لايجب تعريف الدانق ، وحمله في « التلخيص » على دانق الذهب نظر العرف العراق ، وما قيمته كقيمة ذلك ، (فيملك بأخذ) ، ويباح الانتفاع به ، نص عليه ؛ لما روى جابر قال : « رخص النبي صلى الله عليه وسلم في العصي والسوط والحبل يلتقطه الرجل ينتفع به » . رواه أبو داود . (ولا يلزم تعريفه) ؛ لأنه من قبيل المباحات ، (والأفضل) لواجده (التصدق به) . ذكره في « التبصرة » ، ولا يلزمه أيضاً (بدله) - أي : بدل ما وجده - مما لا تتبعه الهمة (مع تلفه) . قال في « الشرح » : اذا التقطه إنسان وانتفع به وتلف ؛ فلا ضمان (إن وجد ربه) الذي سقط منه ؛ لأن لاقطه ملكه بأخذه . (والا) بأن كان ما التقطه مما لا تتبعه الهمة موجوداً ، أو وجد ربه ؛ (لزمه) - أي : الملتقط - (دفعه) - أي : الملتقط (له) ، ويؤيده تعبيرهم بالبدل ؛ اذ لا يعدل إليه إلا عند تلف المبدل ، ولهذا قال الموضح : ظاهر كلامهم يلزم دفع عينه ، (وكذا) ؛ أي : وكالقول فيما تقدم في كون آخذه يملكه (لو لقي كناس ومن في معناه) كنخال ومقلش (قطعاً صغاراً متفرقة) من الفضة ؛ فانه يملكها بأخذها ، ولا يلزمه تعريفها ، ولا بد لها إن وجد بدلها - (ولو كثرت) بضم بعضها - لأن تفرقها يدل على تغاير أربابها .

(ومن ترك دابة لا عبداً أو متاعاً بمهلكة أو ترك إياس لانقطاعها) بعجزها عن المشي (أو عجزه) - أي : مالكها - (عن علفها) بأن لم يجد مايعلفها فتركها ؛ (ملكها آخذها) ، لحديث الشعبي مرفوعاً : « من وجد دابة قد عجز عنها أهلها فسيبوها ، فأخذها فأحياها ؛ فهي له » . قال قال أبو عبد الله بن

محمد بن حميد بن عبد الرحمن فقلت يعني للشعبي : من حدثك بهذا ؟ قال : غير واحد من أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم .

رواه أبو داود والدار قطني ، وفي القول بملكها إحياؤها وإنقاذها ، ولأنها تركت رغبة عنها ، أشبه سائر ما يترك رغبة عنه ، إلا أن يكون تركها ليرجع اليها أو ضلت منه ، فلا يملكها آخذها . وتقدم آخر إحياء الموات موضحاً . (وكذا ما يلقى) من سفينة (في البحر خوف غرق) فيملكه آخذه ؛ لأن مالكه ألقاه باختياره ، فأشبه المنبوذ رغبة عنه . قطع به في « التنقيح » و « المنتهى » وغيرهما ، (خلافاً له) - أي : لصاحب « الاقناع » - حيث قال : الا أن يكون تركها ليرجع إليها ، أو ضلت منه ؛ أي : فلا يملكها آخذها . ثم قال: وكذا ما ألقي خوف الغرق ؛ أي : فلا يملك[1] ، فجعل حكم ما ألقي خوف الغرق كحكم ما تركها ليرجع اليها ، وكالتي ضلت منه في كون كل منها لا يملكه آخذه ، والصحيح أن حكمه (كـ)حكم (ملقى رغبة عنه) في محل يتلف بتركه فيه .

القسم (الثاني) من أقسام اللقطة ، وهو الذي لا يجوز التقاطه ، ولا يملك بتعريفه (الضوال) - جمع ضال - اسم للحيوان خاصة ، وتقدم ، (التي تمتنع من صغار السباع كثعلب وذئب) وابن آوى وأسد صغير وامتناعها إما بكبر جثتها (كإبل وبقر وخيل وبغال) ، وإما لسرعة عدوها (كحمر وظباء) ، وإما لطير (كطير يمتنع) بطيرانه (و)إما بنابه(كفهد معلم أو قابل للتعليم ، وإلا فليس بمال كما علم مما تقدم في البيع (ونحوه) ؛ أي : نحو المتقدم كفيل وزرافة ونعامة وقرد وهر وقن كبير ، فهذا القسم (غير) القن (الآبق يحرم التقاطه) ؛ لما تقدم من قوله صلى الله عليه وسلم لما سئل عن ضالة الابل : « مالك ولها دعها فان معها حذاءها وسقاءها ترد الماء وتأكل الشجر حتى يجدها ربها » . وتقدم الحديث ، ولما روى منذر بن جرير قال : « كنت مع أبي جرير بالبواريج في السواد فراحت البقرة ، فرأى بقرة أنكرها ، فقال : ما هذه

---

(١) أقول : قوله خلافاً له - أي : في باب إحياء الموات - وأما هنا فعبارته موافقة لما ذكره المصنف ، وقد أجاب شارحه عن ذلك ، فارجع اليه . انتهى .

البقرة ؟ قالوا : بقرة لحقت بالبقر ، فأمر بها ، فطردت حتى توارت : ثم قال : سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول : «لا يأوي الضالة إلا الضال» . رواه أحمد وأبو داود وابن ماجة ، وروي عن عمر من أخذ ضالة فهو ضال ـ أي : مخطىء ، ولأن الاصل عدم جواز الالتقاط ؛ لأنه مال غيره ، فكان الأصل عدم جواز أخذه كغير الضالة ، وإنما جاز الأخذ لحفظ المال على صاحبه ، وإذا كان محفوظاً لم يجز أخذه ، وأما الآبق فيجوز التقاطه ؛ صوناً له عن اللحاق بدار الحرب وارتداده وسعيه بالفساد ، وتقدم . وهذا القسم (لا يملك بتعريفه) ؛ لأنه متعد ؛ لعدم إذن المالك وعدم إذن الشارع في ذلك ؛ فهو كالغاصب ، ولا فرق في ذلك بين زمن الأمن والفساد ؛ وبين الإمام وغيره ، ولكن (لإمام ونائبه أخذه ليحفظه لربه لا) على أنه (لقطة) ؛ لأن للامام نظراً في حفظ مال الغائب وفي أخذ هذه على وجه الحفظ مصلحة لمالكها بصيانتها ، (ولا يلزمه) ـ أي : الإمام ـ أو نائبه (تعريفه) ما أخذه ليحفظه لربه ؛ لأن عمر لم يكن ليعرف الضوال ، ولأنه إذا عرف من الإمام حفظ الضوال ؛ فمن كانت له ضالة فإنه يجيء إلى موضع الضوال ، فمن عرف ماله أقام البينة عليه .

(ولا يؤخذ منه) ؛ أي : الامام أو نائبه ، (بوصف) ؛أي : لا يكتفي فيها بالصفة ؛ لأن الضالة كانت ظاهرة للناس ، حين كانت في يد مالكها ، فلا يختص بمعرفة صفاتها دون غيره ؛ فلم يكف ذلك ، بل يؤخذ منه (بينة) ؛ لأنه يمكنه إقامة البينة عليها لظهورها للناس ، ومعرفة خلطائه وجيرانه بملكه إياها .

وما يحصل عند الإمام من الضوال ؛ فانه يشهد عليها ، ويجعل عليها وسماً بأنها ضالة ؛ لاحتمال تغيره ، ثم ان كان له حمى تركها ترعى فيها ، إن رأى ذلك ، وإن رأى المصلحة في بيعها وحفظ ثمنها ، أو لم يكن له حمى ؛ باعها بعد أن يحليها ، ويحفظ صفاتها ، ويحفظ ثمنها لصاحبها ، فإن ذلك أحفظ لها ؛ لأن تركها يفضي

الحم أن تأكل جميع ثمنها، وإن أخذها غير الإمام أو نائبه ضمنها،لأنه لا ولاية له على صاحبها .

(ويجوز التقاط صيود متوحشة،بحيث لو تركت رجعت للصحراء بشرط عجز) عنها ، لأن تركها إذن أضيع لها من سائر الأموال ، والمقصود حفظها لصاحبها لا حفظها في نفسها ، ولو كان القصد حفظها في نفسها لماجاز التقاط الأثمان ؛ فإن الدينار دينار حيثما كان ، ولا يملكها بالتعريف ؛ لأن الشرع لم يرد بذلك فيها .

(ولا يملكها) آخذها (بتعريف) ، لما تقدم من أنه يحفظها لربها ، فهو كالوديع .

(وأحجار طواحين) — مبتدأ — (وقدور ضخمة وأخشاب كبيرة) وقوله : (كإبل) — خبره — أي : فلا يجوز التقاطها ؛ لأنها لا تكاد تضيع عن صاحبها ، ولا تبرح من مكانها ، فهي أولى بعدم التعرض من الضوال في الجملة للتلف ، إما بسبع أو جوع أو عطش ونحوه ، بخلاف هذه .

(وما حرم التقاطه ضمنه آخذه ، إن تلف أو نقص كغاصب) ، ولو كان الإمام أو نائبه ، وأخذه على سبيل الالتقاط ، لا على سبيل الحفط ؛ لأن التقاط ذلك غير مأذون فيه من الشارع ، (لا ان تبع) شيء من الضوال المذكورة (دوابه فطرده) ؛ فلا ضمان عليه ، (أو دخل) شيء منها (داره فأخرجه) ؛ فلا ضمان عليه ، حيث لم يأخذه، ولم تثبت يده عليه ، (ولا) اذا كان المأخوذ (كلباً التقطه) ؛ فإنه لا ضمان فيه ؛ لأنه ليس بمال .

(ومن) التقط ما لا يجوز التقاطه ، و(كتمه) عن ربه ، ثم ثبت ببينه أو إقرار ، (فتلف) ؛ فعليه (قيمته مرتين) لربه نصاً ؛ لحديث : «في الضالة المكتومة غرامتها ومثلها معها». قال أبو بكر في «التنبيه» : وهذا حكم رسول الله صلى الله عليه وسلم ، فلا يرد . سواء كان الملتقط اماماً أو غيره .

(ويزول ضمانه) ؛ أي : ضمان ما حرم التقاطه عمن أخذه (بدفعه لإمام أو نائبه) ؛ لأن للامام نظراً في ضوال الناس ، فيقوم مقام المالك (أورده) ؛ أي : المأخوذ من ذلك ، (إلى مكانـــه) الذي أخذه منه (بأمره) ؛ أي : الإمام أو نائبه ، لما روي الأثرم ، عن القضبي ، عن مالك ، عن عمر ، أنه قال لرجل وجد بعيراً : أرسله حيث وجدته ؛ لأن أمره برده ، كأخذه منه . وعلم مما تقدم أنه إن رده بغير إذن الامام أو نائبه ، فتلف ؛ كان من ضمانه لأنـــه أمانة حصلت في يده ، فلزمه حفظهـــا ، فإذا ضيعها ؛ لزمه ضمانها ؛ كما لو ضيع الوديعة .

(فرع) : قال في « المغني » : (ولو وجد ماحرم التقاطه) من الضوال الممتنعة بنفسها ، (بمهلكة كأرض مسبعة) ، يغلب على الظن أن الاسد يفترسها إن تركت بها ، (أو) وجد ذلك (قريباً من دار حرب)، يخاف عليه من أهلها (أو) وجده (بموضع يستحل أهله أموالنا) ، كوادي التيم ، أو وجده (ببرية لا ماء فيها ولا مرعى ،(فالأولى جواز أخذه)؛أي: المحرم التقاطه(للحفظ ،إستنقاذاً) له من الهلاك . لا لقطة ، لما تقدم ولا ضمان عليه ، أشبه تخليصه من غرق أو حريق ، فإذا حصل في يده ، سلمه لنـــائب الامام ، وبرىء من ضمانه ، ولا يملكه بالتعريف ؛ لأن الشرع لم يرد بذلك . انتهى . قال الحارثي: وهو كما قال ، وجزم به في « تجريد العناية » (و) قال (في « الانصاف » : قلت : (لو قيل بوجوبه) ، أي : الأخذ من المواضع المذكورة ، (اذن) ؛ أي : والحالة هذه ، (لكان له وجه) . انتهى .

القسم (الثالث) مايجوز التقاطه ،ويملك بتعريفه المعتبر شرعاً ،(ماعداهما)؛ أي : ما عدا ما ذكر في القسمين المتقدمين ، (من ثمن) - أي : نقد -(ومتاع) كثياب وفرش وأواني وآلات الحرث ونحو ذلك . وما لا يمتنع من صغار السباع ؛ (كغنم وفصلان) - بضم الفاء وكسرها - ، جمع فصيل ، وهو ولد النـــاقة ، إذا فصل عن أمه (وعجاجيل) - جمع عجل ، وهو ولد البقرة

وجحاش حمير (وافلاء) ـ بالمد جمع فلو ، ـ بوزن سحر ، وجرو ، وعدو ، وسمو ، وهو الجحش والمهر إذا فطما ، أو بلغ السنـــة قاله في القـاموس . والأوز والدجاج ونحوها ، كالخشبة الصغيرة ، وقطعة الحديد والنحاس والرصاص ، والكتب ، وما جرى مجرى ذلك . والمريض من كبار الابل ونحوها كالصغير ، سواء وجد بمصر أو مهلكة ، لم ينبذه ربه رغبة عنه ، فإن نبذه كذلك ملكه آخذه ؛ وتقدم في أحياء الموات . (وقن صغير) ، قال في « الرعاية » والعبد الصغير كالشاة (ونحو ذلك) ، كالزق من الدهن أو العسل ، أو الغرارة مـن الحب ؛ (فيحرم على من لا يأمن نفسه عليها) ـ أي : اللقطة (أخذها) لما في ذلك من تضييـع مال غيره ، فحرم كإتلافة ، وكما لو نوى تملكها في الحال ، أو كتمانها .

(و كعاجز عن تعريفها) ، فليس له أخذها ، ولو بنية الأمانة ، لأنـه لا يحصل به المقصود من وصولها إلى ربها ، (ويضمنها به) ـ أي : بأخذها إن تلفت (ملطقاً) ، سواء كان تلفها بتفريط ، أو بدونه ؛ لأنه أخذ مال غيره علي وجه لا يجوز له أخذه ، فضمنه كالغاصب .

(ولا يملكها) ـ أي : اللقطة ـ (ولو عرفها) ؛ لأن للسبب المحرم لايفيد الملك ، بدليل السرقة ؛ فإن أخذها بنية الأمانة ، ثم (طرأ له قصد الخيانة ؛ لم يضمن) اللقطة ان تلفت بلا تفريط في الحول ، كما لو كان أودعه إياها .

(وان آمن نفسه) على اللقطة ، (وقوي على تعريفها ؛ فله أخذها) ـ أي : اللقطة ـ وهي منصوص عليها في النقدين ، وقيس عليها كل حيوان لا يمتنع بنفسه من صغار السباع .

(والأفضل) لمن أمن نفسه عليها ، وقوي على تعريفها ، (تركها) ـ أي : عدم التعرض لها ـ قال أحمد : الأفضل ترك الالتقاط . وروي معناه عن ابن عباس ، وابن عمر ، رضي الله عنهما . ولو وجدها (بمضيعة) ـ بكسر الضاد

المعجمة – قاله في « المطلع » لأن في الالتقاط تعريضاً بنفسه لأكل الحرام ، وتضييع الواجب من تعريفهـــا ، وأداء الأمانة فيها ، فتركذلك أولى وأسلم.

(ويتجـه) الأفضل(عكسه) – أي : تركها وهو أخذها (مع وجود ربها) ، قال في « المبدع » : وعند أبي الخطاب ، إن وجدها بمضيعة وأمن نفسه عليها ، فالأفضل أخذها ؛ لما فيه من الحفظ المطلوب شرعاً ، كتخليصه مـــن الغرق . ولا يجب أخذه ؛ لأنه أمانه كالوديعة . وخرج وجوبه إذن ؛ لأن حرمة مال المسلم كحرمة دمه ، انتهى . وهو متجه . والمذهب الاول [1] .

(ومن أخذها) – أى : اللقطة – (ثم ردها بلا اذن امام ونائبـه الى موضعها) ؛ حرم ، وضمنها . (أو فرط) فيها وتلفت ، (حرم وضمنها)؛لأنها أمانة حصلت في يده ؛ فلزمه حفظها كسائر الأمانات ، وتركها والتفريط فيها تضييـع لها . وان ردها بأمر الامام أو نائبه بذلك ؛ فإنه لا يضمن بلا نزاع ؛ لأن للامام نظراً في المال الذي لايعلم مالكه . وكذا لو التقطها ودفعها للامام أو نائبه ، ولو كان مما لا يجوز التقاطه .

(وينتفع بمباح من كلاب ، ولاتعرف) وظاهره جواز التقاطها ، وهو قول القاضي ، وغيره . فقال الحارثي : وهو أصح ؛ لأنه لا نص في المنع ،وليس في المعنى الممنوع ، وفي أخذه حفظ على مستحقه ، أشبه الأثمان ، وأولى من أنه ليس مالاً ، فهو أخف .

(ويملك قن صغير بتعريف) ؛ كسائر الأموال والأثمان ، صححه في « الانصاف » وجزم به في « الرعاية » و « الوجيز » . قال الحارثي : وصغـار الرقيق مطلقاً يجوز التقاطه ، ذكره القاضي واقتصر على ذلك . انتهى .(خلافاً

---

(١) أقول : ذكر الاتجـــاه الجراعي ، وأقره ، ولم أر من صرح به ، وما نقله شيخنا عن « المبدع » ليس فيه مع ظن وجود ربها فلا مطابقة ، بل هو قول مقابـــل المذهب ، والبحث توسط بين القولين وهو ظاهر ، فتأمله . انتهى .

له) ـ أي : لصاحب الاقناع فإنه قال : و يجوز التقاط قن صغير ، ذكراً كان أو أنثى ، ولا يملك بالالتقاط . انتهى . (فإن) التقط صغير ، و (جهل رقه) وحريته ؛ فهو (حر لقيط) . قال الموفق : لأن اللقيط محكوم على حريته ؛ لأنه الأصل على ما يأتي في اللقيط .

(فصل : وما ابيح التقاطه ولم يملك به) ـ وهو القسم الثالث من أقسام اللقطة المتقدم ذكرها (ثلاثة اضرب) .

الضرب الأول (حيوان) مأكول كالفصيل والشاة والدجاجة ؛(فيلزمه) ـ أي : الملتقط ـ (فعل الأصلح) من ثلاثة أمور ، (أكله بقيمته) في الحال ، لقوله عليه السلام ـ وسئل عن لقطة الشاة ـ هي لك أو لأخيك أو للذئب . فجعلها له في الحال ، لأنه سوى بينه وبين الذئب ، والذئب لا يستأني بأكلها ، ولأن في أكل الحيوان في الحال إغناء عن الانفاق عليه ، وحراسة لماليته على صاحبه إذا جاء ،وإذا أراد أكله حفظ صفته ، فمتى جاء ربه فوصفه ؛غرم له قيمته بكمالها ، (أو بيعه) ـ أي : الحيوان ـ لأنه إذا جاز أكله فبيعه أولى ، (وحفظ ثمنه) لصاحبه ، وله أن يتولى ذلك بنفسه ، ولا يحتاج الى إذن الإمام في الأكل والبيع ، (أوحفظه) ـ أي : الحيوان ـ (وينفق) ملتقط (عليه من ماله) لما في ذلك من حفظه على مالكه ، فان تركه بلا انفاق عليه فتلف ضمنه؛ لأنه مفرط وليس للملتقط أن يتملك الحيوان ، ولو بثمن المثل ، كولي اليتيم لا يبيع من نفسه .

(ويرجع) الملتقط بما أنفق على الحيوان ، ما لم يتعد بأن التقطه لا ليعرفه ، أو بنية تملكه في الحال ، (إن نوى) الرجوع على مالكه إن وجده بما أنفق ، كالوديعة . قضى به عمر بن عبد العزيز قال في « المغني » و «الشرح» : نص عليه في رواية المروذي في طيرة أفرخت عند قوم : فقضى أن الفراخ لصاحب الطيرة، ويرجع بالعلف ، ما لم يكن متطوعاً . (فإن استوت) الأمور (الثلاثة) في نظر الملتقط ، ولم يظهر له الأحظ منها ؛ (خير) ؛ لجواز كل منها ، وعدم ظهور

الأحظ في أحدها . (قال الحارثي : والأولى) للملتقط (حفظ) مع الانفاق ، (فبيع) وحفظ ثمن ، (فأكل) وغرم قيمة . انتهى .

الضرب (الثاني) : ما التقط ممـــا (يخشى فساده) بتبقيته ؛ كالبطيخ والخضراوات والفاكهة ؛ (فيلزمه) ـ أي : الملتقط ـ (فعل الأحظ من بيعه) بقيمته ، وحفظ ثمنه ، بلا إذن حاكم ؛ لما تقـدم . (أو أكله بقيمته) قياساً على الشاة ؛ لأن في كل منها حفظاً لماليته على مالكه ، ويحفظ صفاته في الصورتين ، ليدفع لمن وصفه ثمنه أو قيمته ،(أو تجفيف ما يجفف ؛ كعنب) ورطب ؛ لأن ذلك أمانة في يده . وفعل الأحظ في الأمانات متعين .

وإن احتاج في تجفيفه الى مؤنة ، (فمؤنته منـه ، فيباع بعضه لذلك) ؛ أي : لتجفيفه ؛ لأنه من مصلحته . فإن أنفق من ماله ؛ رجع به في الأصح . قاله في «المبدع» . فإن تعذر بيعه ، ولم يمكن تجفيفه ؛ تعين أكله (فإن استوت) الأمور الثلاثة : في نظر الملتقط ؛ خير بينها ، فأيها فعل جاز له ، وإن تركه حتى تلف ، ضمنه ؛ لأنه فرط في حفظ ما بيده أمانة ، فضمنه ؛ كالوديعة. (وقيده)؛ أي : ما ذكر من البيع والأكل ، (جماعـــة) منهم أبو الخطاب ، وتابعه في المذهب و « المستوعب» و « التلخيص » بما (بعد تعريفه) ، فإنهم قالوا : عرفه (بقدر ما لا يخاف معه فساده) ، ثم هو بالخيار بين أكله وبيعه .

الضرب (الثالث باقي المال) ؛ أي : ما عدا الضربين المذكورين من المال؛ كالأثمان والمتاع ونحوهما . (ويلزمه) ــ أي : الملتقط ــ (حفظ الجميع) ، من حيوان وغيره ؛ لأنه صار أمانة في يده بالتقاطه . ويلزمه تعريفه ، سواء أراد الملتقط تملكه ،أو حفظه لصاحبه ؛لأن النبي صلى الله عليه وسلم أمر به زيد بن خالد، وأبي بن كعب ، ولم يفرق ، ولأن حفظها لصاحبها إنما يفيد بوصولها اليه .

وطريقة التعريف: بالنداء عليه (بنفسه) ـ أي : الملتقط ـ (أو نائبه) ؛ لأن إمساكها من غير تعريف تضييع لها عن صاحبهـا ، فلم يجز ؛ كردها الى

موضعها والقائها في غيره ، ولأنه لو لم يجب التعريف لما جاز الالتقاط ، لأن بقاءها في مكانها إذن أقرب إلى صاحبها . إما بأن يطلبها في الموضع الذي ضاعت فيه فيجدها ، وإما بأن يجدها من يعرفها ، وأخذ هذا لهـــا يفوت الأمرين ، فيحرم . فلمـــا جاز الالتقاط وجب التعريف ؛ كيلا يحصل الضرر (فوراً) ؛ لظاهر الأمر ، اذ مقتضاه الفور ، ولأن صاحبها يطلبها عقب ضياعها ، فاذا عرفت إذن كان أقرب الى وصولهـــا اليه . (نهاراً) ؛ لأن النهار مجمع الناس وملتقاهم . (أول كل يوم) ، قبل انشغال الناس بمعاشهم. (أسبوعاً) ؛ لأن الطلب فيه أكثر ، ولأن أكثر توالي طلب صاحبها لها في كل يوم باعتبار غالب الناس أسبوعاً .

وقال (في «الترغيب») و « التلخيص » و «الرعاية» وغيرهم : ثم يعرف (مرة كل أسبوع إلى) تمام (شهر، ثم) يعرف (مرة كل شهر) الى أن يتم الحول. (ثم) على الأول لا يجب تعريفها بعد الاسبوع متوالياً ، وإنما يجب (عادة)؛ أي : بالنظر الى عـادة الناس في ذلك ، قطع به في « المنتهى » وغيره . قال في «الإنصاف» : قلت : وهو الصواب. (حولاً) كاملا من وقت (التقاطه)، روي عن عمر وعلي وابن عباس ؛ لحديث زيد بن خالد ، فإنـــه عليه الصلاة والسلام أمره بعام ؛ لأن السنة لا تتأخر عنها القوافل ، ويمضي فيهـــا الزمان الذي تقصد فيه البـــلاد من الحر والبرد والاعتدال ، فصلحت قـدراً ؛ كمدة أجل العنين .

وصفة التعريف (بأن ينادي من ضاع منه شيء) ، أو من ضاع منه (نفقة) ، ولا يصفها ؛ لأنه لا يؤمن أن يدعيها بعض من سمع صفتها ، فتضيع على مالكها . ومقتضاه أنه لو وصفها ، فأخذهـا غير مالكها بالوصف ؛ ضمنها الملتقط لمالكها ، كما لو دل الوديع على الوديعة من سرقها .

ويكون مكان النداء (بجامع الناس ؛ كسوق) عند اجتماع الناس ،

(وحمام ، وباب مسجد وقت صلاة) ؛ لأن المقصود اشاعة ذكرها ، ويحصل ذلك عند اجتماع الناس لصلاة (وكره) النداء عليها (داخله) ـ أي : المسجد ـ لحديث أبي هريرة مرفوعاً : « من سمع رجلا ينشد ضالة في المسجد فليقل : لا ردها الله اليك ،فإن المساجد لم تبن لهذا» والانشاد دون التعريف ، فهو أولى.

(ويكثر منه) ـ أي : التعريف ـ (بموضع وجدانها)؛ لأنه مظنة طلبها، ويكثر منه أيضاً (في الوقت) الذي يلي (التقاطها) ؛ لأن صاحبها يطلبها عقب ضياعها ، فالاكثار منه إذن أقرب الى وصولها اليه .

(وإن التقط)اللقطة (بصحراء عرفها بأقرب البلاد اليها) ؛ أي : الصحراء التي التقطها فيها ؛ لأنها مظنة طلبها ، (وان كان لا يرجى وجود رب اللقطة) . ومنه لو كانت دراهم أو دنانير ليست بصرة ولا نحوها ، على ما ذكره ابن عبد الهادي في «معين ذوي الافهام»،حيث ذكر : أنه يملكها ملتقطها بلا تعريف . (لم يجب تعريفها في أحد القولين) ، نظراً الى أنه كان كالعبث . وظاهر كلام «التنقيح» و «المنتهى» وغيرهما : يجب مطلقاً .

(وأجرة مناد على ملتقط) نصاً ، لأنه سبب في العمل ، فكانت أجرته عليه ؛ كما لو اكترى شخصاً يقلع له مباحاً ، ولأنه لو عرفها بنفسه لم يكن له عليه أجرة ، فكذلك اذا استأجر عليه . ولا يرجع بأجرة المنادي على رب اللقطة ، ولو قصد حفظها لمالكها ، خلافاً لأبي الخطاب ؛ لأن التعريف واجب على الملتقط .

(وإن أخره) ــ أي : التعريف عن (الحول) الأول أثم وسقط ، أو أخره (بعضه) ــ أي : بعض الحول الأول ــ (لغير عذر ؛ أثم) الملتقط بتأخيره التعريف ، لوجوبه على الفور ، كما تقدم . وسقط التعريف ؛ لأن حكمة التعريف لا تحصل بعد الحول الأول ، فإذا تركه في بعض الحول عرف بقيته فقط .

(ولم يملكها) — أي : اللقطة به — أي : التعريف - (بعد) — أي : بعد حول التعريف ؛ — لأن شرط الملك التعريف فيه ، ولم يوجد ، ولأن الظاهر أن التعريف بعد الحول لا فائدة فيه ؛ لأن ربها بعده يسلو عنها ، ويترك طلبها. ومقتضى ما تقدم في الغصب أنه يتصدق بها . كما يأثم بالتقاط بنية تملك بلا تعريف ، أو لم يرد به تعريفها ولا تملكها ، فلا يملكها ولو عرفها ؛ لأنه أخذ مال غيره على وجه لا يجوز له أخذه ، فأشبه الغاصب ، قال في « المغني » : نص على هذا أحمد] .

(وليس خوفه) — أي : الملتقط — (أن يأخذها) — أي: اللقطة (سلطان جائر) عذراً في ترك تعريفها ، أو خوفه أن يطالبه السلطان بأكثر مما وجد (عذراً له في ترك تعريفها) . قال في «الفروع» : فإن أخر التعريف لذلك الخوف ؛ لم يملكها إلا بعد التعريف . ذكره أبو الخطاب ، وابن الزاغوني ، ومرادهم والله أعلم أنه ليس عذراً . (حتى يملكها) بلا تعريف ، وهو المراد بقوله : (بدونه) قال: ولهذا جزم بأنه لم يملكها بعده ، وقد ذكروا أن خوفه على نفسه أو ماله عذر في ترك الواجب . وقال أبو الوفاء : تبقى بيده ، (فإذا وجد أمناً عرفها حولاً وملكها)، انتهى. فيؤخذ منها أن تأخير التعريف للعذر لا يؤثر ، (وكذا اذا) ترك تعريفها في الحول الأول لعذر كمرض أو حبس ، ثم (زال عذر نحو مرض وحبس ونسيان ، فعرفها بعد) ، فإنه يملكها بتعريفها حولاً بعد زوال العذر ؛ لأنه لم يؤخر التعريف عن وقت إمكانه ، فأشبه ما لو عرفها في الحول الأول . ومفهوم كلام «التنقيح» أنه المذهب . ذكره في شرح «المنتهى» (خلافاً له) — أي : لصاحب «الإقناع» فإنه قال : ولا يملكها بالتعريف بعد الحول الأول ، وكذا لو تركه فيه عجزاً ؛ كمريض ومحبوس ، أو نسياناً . انتهى . وكأنه مشى على ما قدمه في « الرعايتين » و « الحاوي الصغير » ، وهو مرجوح (ومن) وجد لقطة (وعرفها حولاً فلم تعرف) فيه ،

وهي مما يجوز التقاطه ، (دخلت في ملكه) ؛ لقوله عليه الصلاة والسلام في حديث زيد بن خالد : « فإن لم تعرف فاستنفقها » وفي لفظ : « وإلا فهي كسبيل مالك » وفي لفظ : « ثم كلها » وفي لفظ : « فانتفع بها » وفي لفظ : « فشأنك بها » حكماً كالميراث . قال أحمد في رواية الجماعة : اذا جاء صاحبها ، وإلا كانت كسائر أمواله . قال في « المغني » : ويملك اللقطة (ملكاً مراعاً) يزول بمجيء صاحبها . قال : والظاهر أنه يملك بغير عوض يثبت في ذمته، وانما يتجدد في وجوب العوض بوجود صاحبها ، كما يتجدد وجوب نصف الصداق أو بدله للزوج بالطلاق . انتهى .

(ولو) كانت اللقطة (عرضاً أو حيواناً) ؛فتملك كالأثمان؛ لعموم الأحاديث التي في اللقطة جميعها ، فإن النبي صلى الله عليه وسلم سئل عن اللقطة فقال : عرفها سنة ، ثم قال في آخره : فانتفع بها ، أو فشأنك بها ،(أو) كانت اللقطة (لقطة الحرم) ، فإنها تملك بالتعريف حكماً ؛ كلقطة الحل على الصحيح من المذهب؛ لأنه أحد الحرمين ، فأشبه حرم المدينة ، ولأنها أمانة ، فلم يختلف حكمها بالحل والحرم كالوديعة ، وكقوله عليه الصلاة والسلام : « لا تحل ساقطتها إلا لمنشد » متفق عليه . يحتمل أن يريد إلا من عرفها عاماً ، وتخصيصها بذلك لتأكدها لا لتخصيصها ، كقوله عليه الصلاة والسلام : « ضالة المسلم حرق النار» وضالة الذمي مقيسة عليها .

(أو) كان الملتقط وجد اللقطة (بجيش) — أي: معه — (بدار حرب) ، ويبدأ بتعريفها في الجيش الذي هو فيه ؛ لاحتمال أن تكون لأحدهم ، فإذا قفل أتم التعريف في دار الإسلام ،فإذا لم تعرف ؛ ملكها كما يملكها في دار الاسلام. هذا اذا اشتبهت عليه ، وأما اذا ظن أنها من أموالهم ، فهي غنيمة له، لا تحتاج الى تعريف ؛ لأن الظاهر أنها من أموالهم ، وأموالهم غنيمة. قال في «الإنصاف» قلت : وهذا هو الصواب . وكيف يعرف ذلك ، (خلافاً له) — أي :

«للإقناع» فإنه قال : وإن وجد لقطة بدار حرب ، وهو في الجيش عرفها سنة ، ابتدأ في الجيش ، وبقيتها في دار الاسلام ، ثم وضعها في المغنم وإن كان دخل بأمان عرفها في دارهم ، ثم هي له ، إلا أن يكون في جيش فكالتي قبلها . انتهى . والصواب ما ذكره المصنف [1].

(أو لم يختر) الملتقط تملكها ، هو معنى قوله داخلة في ملكه حكماً ، يعني من غير اختيار من الملتقط ، وتقدم الكلام عليه .

أو كان الملتقط (غنياً) فتدخل في حكمه كالفقير ؛ لأنها كالميراث ، ولا فرق في ذلك بين الغني والفقير ، والمسلم والكافر ، والعدل والفاسق .

(أو أخره) — أي : التعريف (لعذر) ، ثم عرفها فيملكها ، وهذا مفهوم من قوله : وإن أخره أو بعضه لغير عذر أثم ، ولم يملكها به بعد ، وتقدم الكلام عليه .

(أو ضاعت) اللقطة من واجدها بلا تفريط ، فالتقطها آخر ، (فعرفها) الملتقط (الثاني ، مع علمه) بالملتقط (الأول ، ولم يعلمه) ؛ أي : يعلم الثاني الأول باللقطة ؛ (أو أعلمه) ؛ أي : أعلم الثاني الأول ، وعرفها الثاني ، (وقصد بتعريفها) تملكها (لنفسه) ، فتدخل في ملك الثاني حكما بانقضاء الحول الذي عرفها فيه ، كما لو أذن له الأول أن يتملكها لنفسه ؛ لأن سبب الملك وجد

---

(١) أقول مخالفة المصنف « للاقناع » غير ظاهرة ؛ إذ لم أر خلافاً للأصحاب فيما ذكره صاحب الإقناع ، وما قرره شيخنا لايوافق كلام الاصحاب ؛ إذ صريح « الإقناع » و « الانصاف » وغيرهما في هذا الباب وفي باب قسمة الغنيمة أن اللقطة إن كانت من متاع المسلمين فحكمها كما لو كانت في غير دار الحرب ، وإن كانت من متاع المشركين فيجعلها في الغنيمة ، وإن شك فيها عرفها حولا ، وجعلها في الغنيمة كذلك ؛ لأنه وصل اليها بقوة الجيش كالتي قبلها ، وإن دخل الى دار الحرب متلصصا عرفها ، ثم هي كغنيمة، ويحتمل أن تكون غنيمةله من غير تعريف كما قاله الموفق. قال في«الانصاف» عن الاحتمال قلت : وهو الصواب . وكيف يعرف ذلك ؟ انتهى . فتأمل وراجع. انتهى.

منه ، والأول لم يملكها . قدمه ابن رزين في شرحه ، وقطع به في « التنقيح » وتبعه في « المنتهى » لكن توهم في شرحه أن الأول الذي يملكها ، وهو مخالف لكلام الأصحاب ؛ لأنهم إنما حكوا الوجهين في ملك الثاني لها ، وأما الأول فلم يوجد منه تعريف لا بنفسه ولا بنائبه ، والتعريف هو سبب الملك ،والحكم ينتفي لانتفاء سببه . وفي « الإقناع » لم يملكها – أي الثاني – وكان على المصنف أن يقول : خلافاً له . (فإن لم يعلم) الملتقط الثاني بالملتقط (الأول ، حتى عرفها حولاً) كاملاً ؛ (ملكها) الثاني قولاً واحداً ، (لعدم تعديه إذن) ، وليس للأول انتزاعها منه ؛ لأن الملك مقدم على حق التملك (وإذا جاء ربها) – أي : اللقطة – (أخذها منه) – أي : من الثاني – (ولا يطالب الأول) ؛ لأنه لم يفرط .

(ولو علم الثاني بالأول ، فردها له) – أي : للأول – (فإن أبى الأول (أخذها) فهي (للثاني) ؛ لأن الأول ترك حقه فسقط .

(وإن قال) الأول للثاني : (عرفها) ويكون ملكها لي ، ففعل الثاني ؛ فهو نائبه في التعريف،ويملكها الأول ، ولأنه وكله في التعريف ؛ فصح ؛ كما لو كانت بيد الأول، وإن قال : عرفها وتكون (بيننا) ، ففعل ؛ صح أيضاً ، وكانت (بينهما) ؛ لأنه أسقط حقه من نصفها،ووكله في الباقي .

تتمة : وإن غصبها غاصب من الملتقط وعرفها ؛ لم يملكها ؛ لأنه متعد بأخذها ، ولم يوجد منه سبب تملكها ، فإن الالتقاط من جملة السبب ، ولم يوجد منه ، بخلاف ما لو التقطها اثنان ، فإنه وجد منه الالتقاط .

(فصل : ويحرم تصرفه) – أي : الملتقط – (فيها) – أي : اللقطة – بعد تعريفها الحول ، ولو بخلط بما لا تتميز منه ، (حتى يعرف وعاءها – وهو كيسها – ونحوه) ، كخرقة مشدودة فيها ، وقدر ، وزق فيه اللقطة المائعة ، ولفافة على ثياب .

وحتى يعرف (وكاءها) ـ بالمد ـ (وهو ماشد به) الكيس ، والزق ، هل هو سير ، أو خيط من إبريسم أو كتان أو قطن ونحوه ، وحتى يعرف عفاصها ـ بكسر العين المهملة ـ (وهو صفة الشد) ، فيعرف المربوط هل هو عقدة أو عقدتان ، وأنشوطة وغيرها ؛ للاتفاق على الأمر بمعرفة صفاتها ، وهذه منها . والأنشوطة قال في القاموس : كأنبوبة ، عقدة يسهل انحلالها كعقد التكة . وقال في العفاص : ككتاب ، الوعاء فيه النفقة ، جلداً أو خرقة أو القارورة ، والجلد يغطي به رأسها . انتهى فالعفاص مشترك ، لكن لما ذكر مع الوعاء حمل على ما يغايره ؛ لأنه الأصل في العطف .

(و)حتى يعرف (قدرها) بمعيارها الشرعي ، من كيل أو وزن أو عد أو ذرع .

وحتى يعرف جنسها وصفتها التي تتميز بها ، وهي نوعها ، لحديث زيد وفيه « فإن جاء صاحبها ، فعرف عفاصها وعددها ووكاءها فأعطها إياه ، وإلا فهي لك » رواه مسلم . وفي حديث أبي بن كعب وفيه إعرف عدتها ووعاءها ووكاءها ، واخلطها بمالك ، فإن جاء ربها فأدها إليه » لأن دفعها الى ربها يجب بوصفها . وإذا تصرف فيها قبل معرفة صفتها ؛ لم يبق سبيل الى معرفة وصفها بانعدامها بالتصرف ، ولأنه حيث وجب دفعها إلى ربها بوصفها فلا بد من معرفته ، لأنه ما لا يتم الواجب إلا به واجب .

(وسن ذلك) أي : أن يعرف وكاءها ووعاءها وعفاصها وجنسها وقدرها وصفتها عند وجدانها ؛ لأن فيه تحصيلاً للعلم بذلك ، وسن له أيضاً عند وجدانها إشهاد عدلين عليها . قال أحمد : لا أحب أن يمسها حتى يشهد عليها. وهذا النص ظاهر في الاستحباب ، ولقوله عليه الصلاة والسلام « من وجد لقطة فليشهد ذا عدل أو ذوي عدل » رواه أبو داود. ولم يأمر به زيد بن خالد وأبي بن كعب ، ولا يجوز تأخير البيان عن وقت الحاجة ، فتعين حمله على المندب . وكالوديعة ،

وفائدة الأشهاد حفظها من نفسه عن أن يطمع فيها ، ومن ورثته ان مات ، وغرمائه إن أفلس .

و(لا) يسن الأشهاد (على صفتها) ، لئلا ينتشر ذلك فيدعيها من لا يستحقها ، ويذكر صفتها ، كما قلنا في التعريف من الجنس والنوع . قال أحمد في رواية صالح ، وقد سأله إذا أشهد عليها ، هل يبين كم هي ، قال : لا ، ولكن يقول: أصبت لقطة . قال في « المغني » : ويستحب أن يكتب صفاتها ، ليكون أثبت لها ، مخافة أن ينساها إن اقتصر على حفظها فغلبـه ، فإن الإنسان عرضة النسيان . انتهى .

(ومتى وصفها) ـ أي : اللقطة ـ (طالبها) ـ أي : مدع ضياعها ـ بصفاتها ، ولو بعد الحول ، (لزم دفعها له) ، إن كانت عنده ، (بنمائها) المتصل ؛ لأنه ملك مالكها ، ولا يمكن انفصالها عنه ، ولأنه يتبع في العقود والفسوخ (بلا يمين) ولا بينة ، ظن صدقه أولا ؛ لقوله عليه السلام « فإن جاء طالبها يوماً من الدهر فأدها إليه » وقوله : « فإن جاءك أحد يخبرك بعددها ووعاءها ووكائها فادفعها إليه » ولأنه يتعذر إقامة البينة عليها غالباً ؛ لسقوطها حال الغفلة والسهو ، فلو لم يجب دفعها بالصفة ؛ لما جاز التقاطها ، وقد جعل النبي صلى الله عليه وسلم بينة مدعي اللقطة وصفها ، فإذا وصفها فقد أقام البينة .

(و) دفع اللقطة لمدعيها (بلا وصف) ولا بينة ، (يحرم ، ولو ظن صدقه) ؛ لأنها أمانة ، فلم يجز دفعها إلى من لم يثبت أنه صاحبها ، كالوديعة ، (ويضمن). قال في الشرح : فإن دفعها ، فجاء آخر فوصفها ، أو أقام بها بينة ، لزم الدافع غرامتها له ؛ لأنه فوتها على مالكها بتفريطه ، وله الرجوع على مدعيها ؛ لأنه أخذ مال غيره ، ولصاحبها تضمين آخذها . فإذا ضمنـه لم يرجع على أحد ، وإن لم يأت أحد يدعيها فللملتقط مطالبة آخذها بها ؛ لأنه لا يأمن مجيء صاحبـه فيغرمـه ، ولأنها أمانة في يده ، فملك الأخذ من غاصبها . انتهى .

(ومع رقٍ ملتقط وإنكار سيده) أنها لقطة ؛ (فلا بد من بينة) تشهد بأنه التقطها ونحوه ، لأنه إقرار القن بالمال لا يصح ؛ لأنه اقرار علي سيده ، بخلاف إقراره بنحو طلاق .

(و) النماء (المنفصل بعد حول تعريفها لواجدها) ؛ لأنه ملك اللقطة بانفصال الحول ، فنماؤها إذن نماء ملكه ، فهو له ؛ ليكون الخراج بالضمان . وأما النماء المنفصل في حول التعريف فيرد معها ؛ لأنه تابع لها .

(وإن تلفت) اللقطة ، (أو نقصت) ، أو ضاعت (قبله) ـ أي : الحول ـ(ولم يفرط ؛ لم يضمنها) ؛ لأنها في يده أمانة ، فلم تضمن بغير تفريط ، كالوديعة . وإن تلفت ، أو نقصت ، أو ضاعت (بعده) ؛ ـ أي : بعد الحول ـ فإن الملتقط (يضمنها مطلقاً) ؛ أي : سواء فرط فيها ؛ أو لم يفرط ، لأنها دخلت في ملكه ، فكان تلفها من ماله .

(وتعتبر القيمة) ؛ أي : قيمة اللقطة إذا تلفت وقد زادت أو نقصت ، (يوم عرف ربها) ؛ لأنه وقت وجوب رد العين اليه لو كانت موجودة .

(ويرد مثل مثلي) ، قال بعض الأصحاب : لا أعلم في هذا خلافاً وإن اختلفا في القيمة أو المثل ؛ فالقول قول الملتقط مع يمينه ، إذا كانت اللقطة قد استهلكت في يد الملتقط ؛ لأنه غارم . قال في الشرح : (وإن وصفها) ـ أي : اللقطة ـ اثنان فأكثر معاً ، أو وصفها (ثان) بعد الأول ، لكن (قبل دفعها الى الأول ؛ أقرع) بينهما أو أقاما بينتين باللقطة ، أقرع بينهما ؛ لأنه لا مزية لأحدهما على الآخر . (وتدفع لقارع بيمينه) نصاً ؛ لاحتمال صدق صاحبه ، كما لو تداعيا عيناً بيد غيرهما ، ولتساويهما في البينة أو عدمها ؛ أشبه ما لو ادعيا وديعة ، وقال هي لأحدكما ولا أعرف عينه . وإن وصفها ثان (بعده) ؛ أي : بعد دفعها لمن وصفها أولاً ؛ (فلا شيء لثان) ؛ لأن الأول استحقها بوصفه

إياها ، مع عدم المنازع له حين أخذها ، وثبتت يده عليها ، ولم يوجد ما يقتضي انتزاعها منه ؛ فوجب بقاؤها له ؛ كسائر ماله.

(ولو أقام أحد بينة أنها له) ، بعد أن أخذها الأول بالوصف ؛ (أخذها) الثاني (من واصف) ؛ لأن البينة أقوى من الوصف ، فيرجح صاحبها بذلك ، ولأنه يحتمل أن يكون الواصف رآها عند من أقام البينة ، فحفظ أوصافها فجاء وادعاها وهو مبطل .

فائدة : لو ادعى اللقطة كل واحد منها ، فوصفها أحدهما دون الآخر ؛ حلف واصفها ، وأخذها . ذكره الأصحاب ؛ لترجحه بوصفها .

(فإن تلفت) اللقطة(عنده) أي : الواصف - (ضمنها) ؛ لأن يده عادية ، كالغاصب ، (لا ملتقط) دفعها لواصفها ؛ لأنه دفعها بأمر الشرع ، فلا ضمان عليه ؛ كما لو دفعها بأمر الحاكم ؛ لأن الدفع إذن واجب عليه ، ويغرمها الواصف لمن أقام البينة ؛ لعدوان يده .

وإن أعطى ملتقط واصفها بدلها ؛ لتلفها عنده؛ لم يطالبه ذو البينة ، وإنما يرجع على الملتقط ، ثم يرجع الملتقط على الواصف بما أخذه؛ لتبين عدم استحقاقه له ، إن لم يكن أقر للواصف بملكها ،وحينئذ يكون مدعياً أن مقيم البينة ظلمه بتضمينه ؛ فلا يملك الرجوع على غير من ظلمه .

(ولو أدركها) - أيْ : اللقطة - (ربها بعد الحول) والتعريف (مبيعة ، أو) أدركها (موهوبة) بيد من انتقلت إليه ، أو أدركها موقوفة ؛ (فليس له) - أي : لربها - (الا البدل) ؛ لأن تصرف الملتقط وقع صحيحاً ؛ لكونها صارت في ملكه ،(ويفسخ) العقد إن أدركها ربها(زمن خيار) ؛ بأن بيعت لشرط الخيار ، سواء كان لبائع ، أو له وللمشتري ، وترد له لقدرته عليه . وظاهر كلامهم أنه لو كان الخيار للمشتري وحده ؛ فليس لربها إلا البدل ، مالم يختر المشتري الفسخ ، ولا يلزمه ؛ كما لو أدركها (بعد عودها) الى الملتقط ،

(بفسخ أو غيره ؛ فينتزعها ؛ لأنه وجد عـــين ماله في يد ملتقط ، فكان له أخذه ، كالزوج إذا طلق قبل الدخول ، فوجد الصداق قد رجع إلى المرأة .

(أو) كما لو أدركها بعد (رهنها) ،فإن ربها ينتزعها من يد المرتهن ،لقيام ملكه وانتفاء إذنه .

(ومؤنة رد) اللقطة إلى مالكها إن احتاج إلى مؤنة (على ربها) .ذكره في « التعليق » و « الانتصار » ؛ لتبرع الملتقط بحفظها - (ولو قال ربها)-أي: اللقطة- (بعد تلفها) بيد الملتقط ، (بحول تعريف) ، بلا تفريط المشروع : عليك ضمانها ؛ لكونك (أخذتها لتذهب بها) لا لتعرفها ، (وقال ملتقط) : بل أخذتها (لأعرفهـا) ؛ فالقول (قوله) - أي : الملتقط - (بيمينـه) . ذكره المجد في « شرحه » لأنه منكر ، والأصل براءته .

(ووارث) ملتقط (فيما تقدم) تفصيله (كمورثه) ؛ لقيامه مقامه ،فإن مات ملتقط ، عرفها وارثه بقية الحول ، وملكها ، وبعد الحول انتقلت إليه إرثاً ؛ كسائر أموال الميت ، ومتى جاءصاحبها ، أو وارثه ؛ أخذها أو بدلها على ما تقدم . وإن عدمت قبل موته ؛ فربها غريم ببدلها في التركة .

(ومن استيقظ من نحو نوم) ، كإغماء ، (فوجد بثوبه) أو كيسه مالاً ، دراهم أو غيرها ، (لا يدري من صره) أو وضعه في كيسه أو جيبه ؛ (فهو له) بلا تعريف ؛ لأن قرينة الحال تقتضي تمليكه له ، (ولا يبرأ من أخذ من نحو نائم) كمغمى عليه (شيئاً إلا بتسليمه له بعد إفاقته) ؛ لأن الأخذ في حالة من هاتين الحالتين موجب الضمان المأخوذ على آخذه ، لوجود التعدي ؛ لأنه إما سارق أو غاصب ، فلا يبرأ من عهدته إلا برده على مالكه ، في حالة يصح قبضه له فيها .

(ومن وجد في حيوان) اشتراه ، كشاة ونحوها ؛ (نقدا) كدراهم أو دنانير ، وجدها في بطن الشاة؛ فلقطة . (أو) وجد فيه (درة) أو عنبرة ؛

فهو (لقطة لواجده) ، يلزمه تعريفها؛ كسائر الأموال الضائعة ؛ (ويبدأ في تعريف بيائع) ؛ لأنه يحتمل أن تكون الشاة ابتلعتها من ملكه ، كما لو وجد صيداً مخضوباً ، أو في اذنه قرط ، أو في عنقه خرز ؛ فإنه لقطة ؛ لأن ذلك الخضاب ونحوه يدل على ثبوت اليد عليه قبل ذلك .

(وإن وجد) إنسان (دوة غير مثقوبة في) بطن (سمكة ملكهـــا) باصطياده لها من البحر؛(فـ) الدوة (لصياد) . قال في « الفروع » . لأن الظاهر ابتلاعها من معدنها . قال في « المغني » لأن الدو يكون في البحر ، بدليل قوله تعالى : « وتستخرجون منه حلية تلبسونها » وإن باع الصياد السمكة غير عالم بالدرة ، لم يزل ملكه عنها ؛ فترد إليه؛ لأنه لو علم ما في بطنها لم يبعه ، ولم يرض بزوال ملكه عنه ، وان وجد الصياد في بطن السمكة مالا يكون إلا لآدمي؛ كدراهم أو دنانير ، أو وجد فيها درة أو غيرها مثقوبة أو متصلة بذهب أو فضة أو غيرهما ، فلقطة ، لا يملكها الصياد ، بل يعرفها؛(و كطير صاده ولا أثر ملك به) ؛ فهو للصياد[1] .

(و)ان وجد إنسان (عنبرة بساحل) فحازها؛ فهي له ؛ لأن الظاهر أن البحر قذف بهـا ، فهي مباحة ، ومن سبق الى مباح فهو له . وما روى سعيد عن إسماعيل بن عياش عن معاوية بن عمرو قال : القى بحر عدن عنبرة مثل البعير ، فأخذهـا ناس بعدن ، فكتب الى عمر بن عبد العزيز ، فكتب الينا : أن خذوا منها الخمس ، وادفعوا اليهم سائرها ، وإن باعوكموها فاشتروها ، فأردنا أن نزنها . فلم نجد ميزاناً يخرجهـــا ، فقطعناها ثنتين ووزناها ، فوجدناها ستمائة رطل ، فأخذنا خمسها ، ودفعنا سائرها ، ثم اشتريناها بخمسة آلاف دينار ، وبعثنا بهـا

---

(١) أقول : قال الجراعي : كوجود السير في رجله وأثر التعليم مثل استجابة لمن يدعوه . ونحو ذلك ، ومتى لم يوجد ما يدل على أنه مملوك فهو لمن اصطاده . انتهى .

الى عمر، فلم يلبث الا قليلاً حتى باعها بثلاثة وثلاثين الف دينار؛ فهو اجتهاد من عمر، والمذهب أن جميعها لواجدها، وتقدم في الزكاة. وإن لم تكن العنبرة على الساحل؛ فلقطة يعرفها (ما لم تصد) السمكة التي وجد بها الدرة (من عين أو نهر لا يتصل بالبحر)؛ فكالشاة في أن ما وجد في بطنها من درة مثقوبة أو غير مثقوبة لقطة؛ لأن العين والنهر غير المتصل ليس معداً للدر. وعلم منه إن كان متصلاً بالبحر، وكانت الدرة غير مثقوبة، أنها للصياد، (أو) وجد (به) – أي: بما التقط (اثر ملك فهو لقطة له) – أي: للملتقط – تجري فيه أحكامها على ما تقدم.

تكميل قال الإمام أحمد فيمن ألقى شبكة في البحر، فوقعت فيها سمكة، فجذبت الشبكة فمرت بها في البحر، فصادها رجل في البحر: فإن السمكة للذي حازها، والشبكة يعرفها، ويدفعها الى صاحبها. فجعل الشبكة لقطة؛ لأنها مملوكة لآدمي، والسمكة لمن صادها؛ لأنها كانت مباحة، ولم يملكها صاحب الشبكة؛ لكون شبكته لم تثبتها، فبقيت على الإباحة. قاله في «المغني» ونقل عن أحمد، في رجل انتهى الى شرك فيها حمار وحش أو ظبية قد شارف الموت، فخلصه وذبحه: هو لصاحب الأحبولة، وما كان من الصيد في الاحبولة فهو لمن نصبها. وإن بازياً أو صقراً أو عقاباً قال، وسئل عن باز أو صقر أو كلب معلم أو فهد ذهب عن صاحبه فدعاه فلم يجبه، ومر في الأرض حتى أتى لذلك أيام، فأتى قرية فسقط على حائط، فدعاه رجل فأجابه، قال: يرده على صاحبه، قيل له: فإن دعاه فلم يجبه، فنصب له شركاً فصاده به، قال: يرده على صاحبه.

(ومن ادعى ما بيد لص أو ناهب، أو قاطع طريق) انه له (ووصفه فهو له)، قال في «الفروع»: ومن وصف مغصوباً ومسروقاً ومنهوباً ونحوه؛ فإنه يستحقه بالوصف، ولا يكلف بينة تشهد به. ذكره في «عيون المسائل»، والقاضي وأصحابه، على قياس قول الإمام: اذا اختلف المؤجر والمستأجر في دفن الدار؛ فمن وصفه فهو له؛

لترجحه بالوصف قال في القاعـدة الثامنة والتسعين : من ادعى شيئاً ووصفه ؛ دفع اليه بالصفة ، اذا جهل ربه ولم تثبت عليه يد من جهة مالك ، وإلا فلا.

(فصل : ولا فرق) في وجوب تعريف اللقطة حولاً وملكهـا بعده ، (بين ملتقط غني وفقير ، وقن لم ينهه سيده ، ومسلم وكافر) ؛ لأن الالتقـاط نوع اكتساب ، فاستووا فيه ، كالاحتشاش والاصطياد والاحتطاب . وأما من لا يأمن نفسه عليها ؛ فيحرم عليه أخذها، وتقدم، (وإن وجدها) — أي : اللقطة — (صغير أو سفيه أو مجنون) ، صح التقاطه ؛ لأنـــه نوع تكسب كالاصطياد ، و (قام وليه بتعريفها عنه) — أي: عن واجدها لأنه ثبت لواجدها حق التملك فيها ، فكان على وليه القيام بها . و(لا) تكون اللقطة (له) — أي : للولي — بل لواجدها بعد تعريف الولي ؛ لأن سبب الملك تم بشرطه . (فإن تلفت) اللقطة (بيد أحدهم) بغير تفريط ؛ فلا ضمان عليه (و) إن (فرط) في حفظها؛ (ضمن) ما تلف منها بتفريطه في ماله. قال في « الفروع » : نص عليه في صبي . (كإتلافه) . جزم به في «المغني» و «الشرح».

(وكتمها) — أي: اللقطة — (عن وليه) ؛ أي: ولي الواجد لها، (تفريط) منه (ذكره القاضي) أبو يعلي .

وإن كان تلفها (بتفريط ولي) واجدها ؛ بأن (علم بها ولم يأخذها منه) ؛ لكونه ليس أهلاً للحفظ ، حتى تلفت ؛ (فعليه) — أي : الولي — ضمانهـا ؛ لأنه هو المضيع لها؛ لأنه يلزمه حفظ ما يتعلق به حق موليه . قاله الأصحاب .

(ولو عرفهـــا مميز بنفسه) بدون إذن وليه ؛ (فالأظهر الاجزاء . قاله الحارثي) ؛ لأنه يعقل التعريف فالمقصود حاصل .

(فلو لم يعرفها) الولي ولا الصغير (حتى بلغ ؛ لم يملكها) ؛ لأنه قد مضى أجل التعريف فيما تقدم من السنين ، وإن عرفها فيما بعد ذلك ؛ لأن التعريف بعده لا يفيد ظاهراً ؛ لكون صاحبها ييأس منها ، ويترك طلبها . قال الإمام ،

في غلام أصاب عشرة دنانير ، فذهب بها الى منزله ، فضاعت ، فلما بلغ أراد ردها ، فلم يعرف صاحبها : تصدق بها ، فإن لم يجد ، وكان يجحف به ؛ تصدق قليلا قليلا . قال القاضي : معنى هذا أنها ان تلفت بتفريط الصبي، وهو أنه لم يعلم وليه حتى يقوم بتعريفها . انتهى ، وهذه المسألة تدل على أنه اذا ترك التعريف لعذر؛ كان كتركه لغير عذر؛ لأن الصغير من أهل العذر ، وقد تقدم ذلك في الضرب الثالث أن تأخير التعريف لعذر ليس مانعاً للتعريف بعد زوال ذلك العذر على المذهب .

(ويتجه فيه) - أي:الصغير - ان تركه التعريف لعذر صغر ، كترك غيره التعريف (لعذر أو مرض) أو حبس ونحوه منعه عن التعريف ، أنه متى زال العذر فإنه يملكها بتعريفها حولاً ، بعد زوال العذر، لعدم تأخير التعريف عن وقت إمكانه..وهو متجه . لكن المذهب أنه يملكها[1] .

(والقن) يصح التقاطه ؛ لعموم الأحاديث، ولأن الالتقاط سبب يملك به الصغير، ويصح منه ، فصح من الرقيق . وله تعريفها بلا إذن سيده ، كاحتطابه واحتشاشه واصطياده ؛ لأنه فعل حسي،فلم يمكن رده ، وله إعلام سيده العدل بها ، ان أمنه عليها. و(لسيده أخذها منه) ، ليتولى تعريفها؛ لأنها من كسبه، ولسيده انتزاع كسبه من يده ، وإن كان القن قد عرفها بعض الحول عرفها السيد تمامه، (و)لسيده أيضاً(تركها معه) - أي:مع الرقيق الملتقط - (ان كان) الرقيق (عدلاً ، ليتولى تعريفها) ، ويكون السيد مستعيناً به في حفظها، كما يستعين به في حفظ سائر ماله. وإن كان العبد غير أمين كان السيد مفرطاً بإقرارها في يده ؛ فيضمنها إن تلفت ؛ كما لو أخذها من يده ثم ردها اليه؛ لأن يد العبد كيده وإن أعتق السيد عبده بعد التقاطه كان له انتزاع اللقطة من

---

(١) أقول : ذكر الجراعي الاتجاه ، وأقره ، وهو يؤخذ من كلامهم بناء على الوجهين المذكورين في الاصلين وشرحيها ، فارجع الى ذلك ، وتأمل . انتهى .

يده ؛ لأنها من كسبه. (وإن لم يأمن) الرقيق (سيده) على اللقطة ، (لزمه سترها عنه) ؛ لأنه يلزمه حفظها، وذلك وسيلة اليه ، ويسلمها الى الحاكم ليعرفها، ثم يدفعها الى سيده بشرط الضمان. فإن أعلم سيده بها فلم يأخذها منه ، أو أخذها فعرفها وأدى الأمانة فيها ، فتلفت في الحول الأول بغير تفريط ؛ فلا ضمان فيها ؛ لأنها لم تتلف بتفريط من أحدهما .

(ومتى تلفت) اللقطة (بإتلافه) - أي : الرقيق الملتقط - (أو تفريطه) في الحول أو بعده ، ولو بدفعها لسيده وهو لا يأمنه عليها؛ (ففي رقبته)ضمانها (مطلقاً) ، سواء تلفت في حول التعريف أو بعده ، نص عليه ؛ لأنه أتلف مال غيره ، فكان ضمانه في رقبته كغير اللقطة .

(وكذا مدبر ومعلق عتقه وأم ولد ، لكن إن فرطت) أم الولد (فداها سيدها بالأقل) من قيمتها أو قيمة ما أتلفته ؛ كسائر إتلافاتها.

(ومكاتب) في التقاط (كحر) ؛ لأن المكاتب يملك أكسابه ، وهذا منها. ومتى عاد قناً بعجزه كانت كلقطة القن .

(و)ما يلتقط (مبعض فبينه وبين سيده) على قدر ما فيه من الحرية والرق؛ كسائر أكسابه. (وكذا) في الحكم (كل نادر من كسب ؛ كهبة وهدية ووصية وركاز) ونحوها ؛ كنثار وقع في حجره. (ولو أن بينهما) - أي : المبعض وسيده - (مهايأة) ؛ أي : مناوبة على أن كسبه لنفسه مدة معلومة ، ولسيده مدة معلومة ؛ لأن الكسب النادر لا يعلم وجوده ولا يظن، فلا يدخل في المهايأة . وإن كان الرقيق الملتقط بين شركاء ؛ فاللقطة بينهم بحسب حصصهم فيه .

باب اللقيط

اللقيط : هو فعيل بمعنى مفعول، كقتيل وجريح وشرعاً (طفل) لا مميز، (لا يعرف نسبه ، ولا) يعرف (رقه ، نبذ) - بالبناء للمفعول - أي : طرح في شارع أو باب مسجد ونحوه ، (أو ضل) الطريق ، ما بين ولادته (الى سن التمييز)فقط ، على الصحيح من المذهب . قاله في «الإنصاف» : (وعند الأكثر الى البلوغ) . قال في «التلخيص» : والمختار عند أصحابنا أن المميز يكون لقيطاً ؛ لأنهم قالوا : اذا التقط رجل وامرأة معاً من له أكثر من سبع سنين ؛ أقرع ولم يخير ، بخلاف الأبوين . وعلم مما تقدم لو نبذ أو ضل طفل معروف النسب ، أو معلوم الرق ، فعرفه من يعرفه أو غيره ؛ فهو لقيط لغة لا شرعاً .

(والتقاطه) - أي : اللقيط - شرعاً (فرض كفاية) ؛ لقوله تعالى : «وتعاونوا على البر والتقوى ولا تعاونوا على الإثم والعدوان»[1]. ولأن فيه إحياء نفس ، فكان واجباً ، كإطعامه اذا اضطر ، وإنجائه من نحو غرق . فلو تركه جميع من رآه ؛ أثموا .

ويحرم النبذ ؛ لأنه تعريض بالمنبوذ للتلف .

(وسن اشهاد عليه) كاللقطة ، ودفعاً لنفسه لئلا تراوده باسترقاقه . [ويستحب لمن رآه أن يأخذه ويربيه إن كان أميناً ، وإن كان سفيهاً] فللحاكم رفع يده عنه ، وتسليمه الى أمين ليربيه .

وله ثلاثة أركان : اللقيط ، وقد عرف ، والالتقاط ، والملتقط : وهو كل حر مكلف رشيد عدل ولو ظاهراً .

---

(١) سورة المائدة ، الآية : ٢

(وينفق عليه مما معه) إن كان معه شيء ؛ لأن نفقته واجبة في ماله ، وما وجد معه فهو ماله ؛ لأن الطفل يملك ، وله يد صحيحة ، بدليل أنـــه يرث ويورث ، ويصح أن يشتري له وليه ويبيع من ماله. (والا) يكن معه شيء ؛ (فـ)ينفق عليه(من بيت المال) ؛ لما روى سعيد عن سنين أبي جميلة قال : وجدت ملقوطاً ، فأتيت به عمر ، فقال عريفي : يا أمير المؤمنين إنه رجل صالح ،فقال عمر : أكذلك هو؟ قال: نعم فقال : فاذهب هو حر ، ولك ولاؤه ، وعلينـا نفقته أو رضاعه. (فإن تعذر) الإنفاق عليه من بيت المال ؛ لكونه لا مال فيه، أو لكون البلد ليس فيها بيت مال ونحوه ؛ (اقترض عليه) — أي: على بيت المال — (حاكم) ، وظاهره ولو مع وجود متبرع بها ؛ لأنه أمكن الإنفاق عليه بدون منة تلحقه في المستقبل ، أشبه الأخذ لهـــا من بيت المـال . قاله في شرح « المنتهى » .

(فلو) اقترض الحاكم ما أنفق عليه، ثم (بان) اللقيط رقيقاً ، أو بان(له من تلزمه نفقته) ؛ كأب موسر أو وارث موسر ؛ (رجع) الحاكم (عليه) ؛أي: على سيد الرقيق ، وأبي الحر الموسر ؛ لأن النفقة حينئذ واجبة عليهم ، وإن لم يظهر له أحد تجب عليه نفقته ؛ وفى الحاكم ما اقترضه من بيت المال ؛ لأن نفقته حينئذ واجبة فيـه . وإن كان للقيط مال تعذر الإنفـاق منه لمانع ، أو ينتظر حصوله من وقف أو غيره ؛ فلمن انفق عليه بنية الرجوع أن يرجع ؛ لأنـه في هذه الحالة غني عن مال الغير . هـذا معني كلام الحارثي ، وقـال : وإذا أنفق الملتقط أو غيره نفقة المثل ، بإذن الحاكم ، ليرجع ؛ فله الرجوع . انتهى . وإذا أنفق بغير أمر الحاكم فقال أحمد : يؤدي النفقة من بيت المال ، (فإن تعذر) على الحاكم الاقتراض من بيت المال ، أو كان لا يمكن الأخذ منه لنحو منع مع وجود المال فيه ؛ (فعلى من علم حاله) الإنفـــاق عليه مجاناً ؛ للأمر

بالتعاون على البر والتقوى ، وبالعدل والإحسان ، ولأنه أحياء معصوم ، وإنقاذ له من التلف .

(ويتجه وكذا) حكم (كل فرض كفاية) ، يلزم من علم به القيام به مجاناً ، وهو متجه[1] .

(ولا يرجع) المنفق بما أنفقه عليه (بإذن) ؛ أي : عند تعذر اخذ من بيت المال ، أو الاقتراض عليه ؛ لأنه فرض كفاية ، إذا قام بها البعض سقطت عن الباقين ؛ لحصول المقصود، وإن ترك الكل أثموا ، أو لأنها وجبت للمواساة ، فهي كنفقة الغريب وقرى الضيف . جزم به القاضي وجماعة ، منهم صاحب «المستوعب» و«التلخيص» ، واختاره صاحب «الموجز» و«التبصرة» ، وقالا : له أن ينفق عليه من الزكاة . وقدمه في «الرعاية» . قال الحارثي : وهو أصح ؛ لأن الوجوب مجاناً واستحقاق العوض لا يجتمعان . انتهى .

(ويحكم بإسلامه) - أي : اللقيط - إن وجد بدار الإسلام فيه مسلم أو مسلمة يمكن كونه من أحدهما ، لظاهر الدار ، وتغليباً للاسلام ، فإنه يعلو ولا يعلى عليه .

(و) يحكم (بحريته) ؛ لأنها الأصل في الأدميين ، فإن الله خلق آدم وذريته أحراراً ، والرق لعارض ، والأصل عدمه . فاللقيط حر في جميع أحكامه ، حتى في قذف وقود ، (إلا أن يوجد) اللقيط (ببلد حرب ، ولا مسلم فيه) - أي : في بلد الحرب - (أو فيه مسلم كتاجر وأسير ؛ فهو كافر رقيق) ؛ لأن الدار لهم وإذا لم يكن فيها مسلم كان أهلها منهم . وإن كان فيها قليل من المسلمين كتاجر وأسير ؛ غلب فيها حكم الأكثر ، من أجل كون الدار لهم . قال في « الرعاية » : وإن كان فيها مسلم ساكن ؛ فاللقيط مسلم . وإلى ذلك أشار

---

(١) أقول : ذكره الجراعي وأقره ، وقال : وقد تقدم ذلك في الجنائز ، وهو مما لا شبهة فيه . انتهى . قلت : وهو مصرح به . انتهى .

الحارثي فقال : مثل الأصحاب في المسلم هنا بالتاجر والأسير ، واعتبر إقامته زمناً ، حتى صرح في « التلخيص » : أنه لا يكفي مروره مسافراً .

(وإن كثر المسلمون) في دار الحرب ؛ فلقيطها (مسلم) حر ، تغليباً للاسلام أو وجد اللقيط (في بلد اسلام كل أهله ذمة) ،(فـ)قيل إنه (مسلم) ؛ لأن الدار للمسلمين ، ولاحتمال كونه من مسلم يكتم إيمانه . قاله القاضي وابن عقيل ، (خلافاً لهما) — أي: « للمنتهى » و« الإقناع » — فيحكم باسلامه (تغليباً للدار وانعدام أبويه) قال في المنتهى : وفي بلد كل أهله ذمة فكافر . وقال في « الإقناع » :وإن وجد في دار الإسلام ، في بلد كل أهلها ذمة ، ووجد فيها لقيط ؛ حكم بكفره. انتهى . وكذلك جزم الموفق والشارح وصاحب « المبدع » وغيرهم : بأنه يحكم بكفره ؛ لأن تغليب حكم الإسلام إنما يكون مع الاحتمال ، وهذه لا مسلم فيها يحتمل كونه منه ، وإن كان بها مسلم ؛ فلا حاجة به إلى كتم إيمانه في دار الإسلام ، إذا تقرر ذلك فالمعتمد ما قالاه ، [1] والمعول على ما نقلاه .

(وإن كان بها) ؛ أي : ببلد اسلام كل أهله ذمة ، (مسلم) ، ولو واحداً ، (يمكن كونه) — أي : اللقيط — (منه) — أي : المسلم — فاللقيط (مسلم) . قال بعض الأصحاب ، منهم الموفق والشارح : (قولاً واحداً) ،

---

(١) أقول : قرر الجراعي نحوا مما قرره شيخنا ، ونظر في كلام المصنف ، ولم يرتضه . قلت : ووجه المخالفة أنهما ذكرا في باب الجهاد وغيرهما أنه إذا عدم بدارنا أحد ابوي غير بالغ أو هما حكم باسلامه تبعا للدار ، فيقتضي أن يكون هنا كذلك ، وإلا حصل تنافي فيما يظهر ؛ لأنهما عدما ، فلذلك جرى المصنف في البابين ، ولم أر من وافقه سوى من ذكره شيخنا ، ويمكن الجواب بأنه لامنافاة في كلامهما ؛ لأنه هناك تبين عدم الابوين أو أحدهما ، فحكمنا بالاسلام ، وهنا لم يتبين ذلك ، وإنما جهلا ، فلا نحكم بالاسلام ، فلا تنافي ، وفي « الانصاف » قال : قال الحارثي : وحكى صاحب المحرر وجهاً بأنه مسلم ؛ اعتباراً بفقد أبويه . انتهى ، فتأمل . انتهى .

تغليباً للاسلام ، ولظاهر الدار . (وإن لم يبلغ من) ـ أي : لقيط ـ (قلنـــا بكفره تبعاً للدار) ــ أي: دار الكفر ـ وهو من وجد في بلد أهل حرب لا مسلم به ، أو به نحو تاجر وأسير ، (حتى صارت) دار الكفر (دار إسلام ؛ فهو مسلم فيها) ؛ أي : حكمنا بإسلامه تبعاً للدار ، لأنها صارت دار الإسلام .

(وماوجد معه) ـ أي : اللقيط ـ (من فراش تحته ؛) كوطاء وبساط ووسادة وسرير (وثياب) وحلي أو غطاء عليه ، (أو مال بجيبه ، أو تحت فراشه) أو وسادته ، أو وجد (مدفوناً تحته) دفناً (طرياً) ؛ بأن تجدد حفره ، (أو) وجد (مطروحاً قريباً منه)، كثوب موضوع إلى جانبه ، (أو) وجدنا (حيواناً مشدوداً بثيابه) ؛ فهو له ، وكذا ما طرح من فوقه ، أو ربطه به ، أو بثيابه أو سريره ، وما بيده من عنان دابة ؛ أو مربوط عليها ، أو مربوط به أو بثيابه ، قاله الحارثي ، لأن يده عليه ، فالظاهر أنه كالمكلف . ويمتنع التقاطه بدون التقاط المال الموجود، لما فيه من الحيلولة بين المال ومالكه. (وكذا خيمة ودار وجد فيها) ، فهي له .

(ويتجه وجهل مالكها) ولم يكن فيها غيره ، فإن كان ثم بالغ في جميع ما تقدم ؛ فهو به أخص ، إضافة للحكم إلى أقوى السببين، فإن يد الملتقط ضعيفه بالنسبة الى يد البالغ ، وإن كان الثاني لقيطاً فهو بينهما نصفين ؛ لاستواء يدهما . إلا أن توجد قرينة تقتضي اختصاص أحدهما بشيء دون شيء ؛ فيعمل بها . وهو متجه [1] .

وما وجد مدفوناً بعيداً عنه ، أو مدفوناً تحته غير طري ؛ لم يكن له، اعتماداً على القرينة . وما ليس محكوماً له به فلقطة .

---

(١) أقول : ذكره الجراعي، وصرح بمعناه في شرح الاقناع ، وهو مراد لمن أطلق قطعاً ، بل هو غني عن التصريح . انتهى .

(والأولى بحضانته) ـ أي : اللقيط ـ (واجده) ؛ لأنه وليـه ، (ان كان أميناً) ؛ لما تقدم عن عمر رضي الله عنه . (عدلاً) ؛ لأن عمر أقر اللقيط في يد أبي جميلة ، حين قال له عريفه : إنه رجل صالح . (ولو) كان (ظاهراً)؛ أي : لم تعلم عدالته باطناً ؛ كولاية النكاح والشهادة فيه وأكثر الأحكام . (حراً) تام الحرية، لأن كلا من القن والمدبر وأم الولد والمعلق عتقه بصفة منافعه مستحقة لسيده ، فلا يصرفها في غير نفعه الا بإذنه ؛ وكذا المكاتب ليس له التبرع بماله ولا منافعه إلا بإذن سيده. وكذا المبعض لا يتمكن من استكمال الحضانة . فإن اذن السيد لرقيقه أقر بيـده ؛ لأنه يصير كأن السيد التقطه ، واستعان برقيقه في حضانته . قال ابن عقيل : إن أذن له السيد ؛ لم يكن له الرجوع بعد ذلك ، وصار كما لو التقطه (مكلفاً) ؛ لأن غـير المكلف لا يلي أمر نفسه ، فلا يلي أمر غيره . (رشيداً) ؛ لأن السفيه لا ولاية له على نفسه ، فغيره أولى . ويجوز لمن لا يقر بيده التقاطه ؛ لأن أخذه قربة لا يختص بواحد دون آخر ، وعدم اقراره بيده دواماً لا يمنع أخذه ابتداء ، إلا الرقيق فليس له التقاطه إلا بإذن سيده ، الا أن لا يعلم به سواه ؛ فعليـه التقاطه ؛ لتخليصه من الهلاك كالغرق، ويأتي .

(وله) — أي : لواجده ـ المتصف بما تقدم (حفظ ماله) ـ أي : اللقيط ـ بلا حكم حاكم ؛ (لأنه وليه) ؛ لقول عمر : ولك ولاؤه، ولأنه ولي بحضانته لا من أجل قرابته منه ، أشبه الحاكم ، ولواجده المتصف بما تقدم (الإنفـاق عليه) — أي : ألقيط — مما وجد معه ، (بلا إذن حاكم) ؛ لولايته عليه ، كما لو وصي . ولأنه من الأمر بالمعروف؛ بخلاف من أودع مالاً وغاب ، وله ولد ؛ فلا ينفق الوديع على ولده من الوديعـة عليه ؛ لأنه لا ولاية له ، بل تقوم امرأته إلى الحاكم ، حتى يأمره بالإنفاق ، لاحتياجه إلى نظر الحاكم .

(وندب) لواجد اللقيط الانفاق (بإذنه) — أي : الحاكم — إن وجد،

لأنه أبعـــد من التهمة ، وأقطع من المظنة ،وفيه خروج من الخلاف ،وحفظ لماله من أن يرجع عليه بما أنفق .

تنبيه : ينبغي لولي اللقيط أن ينفق عليه بالمعروف ، كولي اليتـيم ، فإذا بلغ واختلفا هو وواجده في قدر ما أنفق عليه،أو اختلفا في التفريط في الانفاق بأن قال اللقيط أنفقت فوق المعروف وأنكره واجده ؟ فقول المنفق بيمينه ، لأنه أمين،والأصل براءته. (وكذا)لواجد اللقيط (قبول هبة) للقيط،وقبول (وصية) له ، وزكاة ، ونـذر ، كولي اليتيم ، ولأن القبول محض مصلحة ، فكان له بلا إذن حاكم ، كحفظه وتربيته . قال في شرح « الإقناع » قلت : ولعل المراد يجب إن لم يضر باللقيط ، كما تقدم في الحجر .

(ويصح) – أي : يجوز – (التقاط قن لم يوجد غيره) ، بل يجب ، لأنه تخليص له من المهلكة ؛ وهو واجب في هذه الحال ، لانحصاره فيه .

ويصح التقاط (ذمي لذمي) ، ويقر بيده ؛ لقوله تعالى:«والذين كفروا بعضهم أولياء بعض » [1] .

(ولو التقط) لقيطاً (كافراً) اثنان (مسلم وكافر) ؛فهما (سواء) . قاله الأصحاب ،وهو المذهب ؛ لاستوائهما في الالتقاط . وللكافر على الكافر الولاية (واختار جمع) منهم صاحب «المغني» والشارح و«النظم»أن (المسلم أحق به) . قال الحارثي : وهو الصحيح بلا تردد لأنه عند المسلم ينشأ على الإسلام ، ويتعلم شرائع الدين ، فيفوز بالسعادة الكبرى .

(ويقر) لقيط (بيد من) التقطه (بالبادية مقيماً في حلة) – بكسر الحاء المهملة – وهو بيوت مجتمعة للاستيطان،لأنها كالقرية ، فإن أهلها لا يرحلون عنها لطلب الماء والكلأ . (أو) لم يكن في حلة،لكنه (يريد) واجده (نقله)

---

(١) سورة الانفال، الآية : ٧٣

ـ أي : اللقيط (الى الحضر) ، لانه ينقله من آرض البؤس والشقاء ،الى أرض الرفاهية والدين .

و(لا) يقر بيد ملتقطه ان كان (بدوياً ينتقل في المواضع) ؛ لأنه إتعاب للطفل بنقله ،فيؤخذ منه إلي من في قرية ، لأنه أرفه له وأخف عليه . (أو) ـ أي: ولا يقر أيضاً بيد (من وجده) ـ أي : اللقيط ـ (في الحضر ،فأراد نقله للبادية) ؛ لأن مقامه في الحضر أصلح له في دينه ودنياه، وأرفه له ، وكونه وجد في الحضر فالظاهر أنه ولد فيه ، فبقاؤه فيه أرجى لكشف نسبه ، وظهور أهـــله ، واعترافهم به(أو)؛أي: ولا يقر بيد واجده (مع فسقه) الظاهر ، (أو رقه) ؛ لانتفاء أهليته للحضانة والولاية على الاحرار ، إلا أن يأذن له سيده ، فإن أذن له ؛ فهو نائبه . ولا يقر بيد مدبر ، وأم ولد ، ومعلق عتقه بصفة ،ومكاتب ومن بعضه حر ، لقيام الرق . وتقدم .

(أو) مع (كفره) ـ أي: الواجد ـ (واللقيط مسلم) ؛ لا نتفـــاء ولاية الكافر على المؤمن ، ولا يؤمن فتنته في الدين .

ولا يقر بيد صبي ، ومجنون ، وسفيه ؛ لعدم أهليتهم للولاية .

(وإن التقطه حضرا من يريد نقله إلى بلد آخر) ؛ لم يقر بيده . (أو) التقطه في الحضر من يريد النقلة إلى بلد آخر ؛ أو إلى (قرية) ، أو التقطه من يريد النقلة (من حلة الى حلة ؛ لم يقر بيده) على الصحيح من المذهب ؛ لأن بقاءه في بلده أو قريته أو حلته أرجى لكشف نسبه . وكالمنتقل به الى البادية. ومحل المنع (ما لم يكن المحل الذي كان) ـ أي : وجد ـ (به وبيئا)ـ أي: وخيا (كغور بيسان) ـ بكسر الموحدة ، وبعدهـــا مثناة تحتيه ، ثم سين مهملة ـ موضع بالشام ، (ونحوه) أي : نحو غور بيسان من الاراضي الوبيئة؛ كالجحفة بالحجاز ، فإن اللقيط يقر بيد المنتقل عنها إلى البلاد التي لا وباء فيها ، أو دونها في الوباء ؛ لتعين المصلحة في النقل . قاله الحارثي .

(وإن وجده) ـ أي اللقيط ـ (بفضاء خال) من السكان؛(نقله حيث شاء) قاله في « الترغيب » و « التلخيص » إذ لا وجه للترجيح .

فائدة : لا يقر اللقيط بيد مبذر ، وإن لم يكن فاسقاً . قاله في«التلخيص» فإن أراد السفر به لم يمنع ؛ للأمن عليه .

وإن كان الملتقط مستور الحال ، لم تعرف منه حقيقة عدالة ولا خيانة ؛ أقر اللقيط في يده ؛ لأن حكمه حكم العدل في لقطة المال ، والولاية في النكاح والشهادة فيه ، وفي أكثر الأحكام ؛ لأن الأصل في المسلم العدالة . ولذلك قال عمر رضي الله عنه : « المسلمون عدول بعضهم على بعض » . فإن أراد السفر بلقيطه لغير نقلة ؛ أقر بيده ؛ لأنه يقر في يده في الحضر من غير مشرف يضم إليه ، فأشبه العدل ، ولأن الظاهر الستر والصيانة . (وحيث قلنا : لم يقر) اللقيط فيما تقدم من المسائل ، (فإنما هو) ـ أي : عدم إقراره (عند وجود الأولى به) من الملتقط ، (فإن لم يوجد) أولى منه ، (فأقراره بيده أولى كيف كان) ؛ لرجحانه بالسبق إليه .

(ويقدم موسر ومقيم من ملتقطين) للقيط معاً (على ضدهما) ، فيقدم الموسر على المعسر ؛ لأنه أحظ للقيط ، ويقدم المقيم على المسافر ؛ لأنه أرفق به. (فإن استويا) ـ أي : الملتقطان ـ بأن لم يتصف أحدهما بما يكون به أولى ، وتشاحا ؛ (أقرع) بينهما ؛ لقوله تعالى : « وما كنت لديهم إذ يلقون أقلامهم أيهم يكفل مريم »[1] ولأنه لا يمكن أن يكون عندهما في حالة واحدة . وإن تهاياه ، بأن جعل عند كل واحد يوماً أو أكثر ؛ أضر بالطفل ؛ لانه تختلف عليه الاغذية والانس والالف ،ولا يمكن دفعه إلى أحدهما دون الآخر بالتحكم لتساوي حقهما ؛ فتعين الاقراع بينهما ؛ كالشريكين في تعيين السهام بالقسمة ، وكما يقرع بين النساء في البداءة بالقسم .

---

(١) سورة آل عمران ، الآية : ٤٤

ولا ترجح المرأة في الالتقاط، كما ترجح في حضانة ولدها على أبيه. لأنها إنما رجحت هناك لشفقتها على ولدهـا، وتوليها لحضانته بنفسها، والأب يحضنه بأجنبية، فكانت أمه أحظ له، وأما ههنا فهي أجنبية من اللقيط،، والرجل يحضنه بأجنبية؛ فاستويا.

و(لا) يقدم (ظاهر عدالة، أو كريم، أو بلدي على ضده)؛ أي: ظاهر العدالة ومستورها سواء، والكريم والبخيل سواء، والبلدي والقروي سواء، لاستوائهما في الأهلية.

(وإن اختلفا) — أي: المتنازعان — (في الملتقط منهما)؛ بأن ادعى كل منهما أنه الذي التقط وحده؛ فاللقيط (لمن له بينة) به بلا نزاع، سواء كان في يده أو في يد غيره؛ إعمالاً لبينته. فإن كان لكل واحد منهما بينة؛ قدم أسبقهما تاريخاً؛ لأن الثاني إنما أخذ ممن ثبت الحق له. قاله في «المغني» و «الكافي» و «الشرح» و «الهداية» و «المذهب» و «المستوعب» و «الخلاصة» وغيرهم.
قال الحـارثي: وهذا التعليل يقتضي أن اللقيط لا يقبل الانتقال من شخص الى شخص، وليس كذلك، فإنه جائز في بعض الحالات، فهو كالمـال؛ فيجري ما في بينة المال من رواية اعتبار سبق التاريخ، ورواية تساوي البينتين، فإن اتحدتا تاريخاً، أو أطلقتا، أو أرخت إحداهمـــا واطلقت الاخرى؛ تعارضتا وسقطتا؛ فكدعوى المال؛ فتقدم بينة خارج، وإن (عدماها) — أي: البينة — وهو بيد أحدهما؛ فاللقيط (لذي اليد)؛ لأن اليد تفيد الملك، فأولى أن تفيد الاختصاص (بيمينه)؛ لاحتمال صدق الآخر، (فإن كان) اللقيط (بيديهما)، ولا بينة؛ (أقرع) بينهما؛ لتساويهما في السبب وعدم المرجح، ولا سبيل الى اشتراكهما في كفالة اللقيط، كما تقدم [فمن قرع) — أي: خرجت القرعة له — (سلم) اللقيط (اليه بيمينه) لما تقدم].

(وإن لم تكن لهما) — أي: لمن عدمت بينتاهما أو تعارضتا، — (يد)

على اللقيط ، (فوصفه أحدهما بعلامة مستورة) ، بأن يقول بظهره أو بطنه أو كتفه أو فخذه شامة أو أثر جرح أو نار ونحوه ، فكشف ووجد كما ذكر ؛ (قدم) على من لم يصفه به ؛ لأنه نوع من اللقطة ، فقدم بوصفها كلقطة المال ، ولأنه يدل على سبق يده عليه ، وإن (وصفاه) جميعاً بما تقدم ؛ (أقرع) بينهما ؛ لانتفاء المرجح لأحدهما على الآخر. وإن لم يكن بينة لهما ولا لأحدهما ، (ولم يصفاه) ، ولا وصفه أحدهما ، (ولا يد) لهما ولا لأحدهما ؛ (سلمه حاكم لمن يرى) منهما أو من غيرهما ؛ لأنه لا يدلهما ولا بينة ، فاستويا وغيرهما فيه ، كما لو لم يتنازعاه . (ولا تخيير للقيط) ؛ إذ لا مستند له ، بخلاف اختيار الصغير أحد الأبوين ؛ لأنه يستند الى تجربة تقدمت. قاله في «التلخيص» .

(ومن أسقط حقه) من مختلفين في لقيط ؛ (سقط) ؛ لأن الحق لهما، فكان لكل منهما تركه للآخر، كالشفيعين .

وإن ادعى أحدهما أن الآخر أخذه منه قهراً ، وسأل يمينه ؛ ففي «الفروع» يتوجه يمينه ؛ لقول النبي صلى الله عليه وسلم : «لو يعطى الناس بدعواهم لادعى قوم دماء قوم وأموالهم ولكن اليمين على من ادعي عليه».

تتمة : والشركة في الالتقاط أن يأخذ الملتقطان اللقيط معاً. ووضع اليد عليه كالأخذ . ولا اعتبار بالقيام المجرد عن الأخذ عند اللقيط ؛ لأن الالتقاط حقيقة في الأخذ ، وفي معناه وضع اليد ، فلا يوجد بدونهما .

(فصل : وإرثه) – أي : اللقيط – إن مات لبيت المال ، ولا يرثه الملتقط، لأنه اذا لم يكن رحم ولا نكاح فالإرث بالولاء (وديته إن قتل لبيت المال) ؛ لأنهما من ميراثه ، كسائر ماله ، إن لم يخلف وارثاً بفرض أو تعصيب ، فإن كانت له زوجة ؛ فلها الربع ، والباقي لبيت المال . وان ماتت لقيطة لها زوج ؛ فله النصف والباقي لبيت المال ، وإن كان له بنت أو

بنت ابن أو ابن بنت ؛ اخذ جميع المال ؛ لان الرد والرحم مقدم على بيت المال .

(ويتجه) محل ذلك (ما لم يستلحقه ملتقطه) ، بأن يدعي أنه منه ، فان استلحقه ، وأمكن كونه منه ؛ لحقه ، وحاز ارثه. وهو متجه[1].

واذا جنى اللقيط جناية تحملها العاقلة ؛ بأن جنى خطأ أو شبه عمد ؛ (فدية خطئه) ونحوها (فيه) - أي : في بيت المال - لأن ميراثه له ، ونفقته عليه . وإن جنى جناية لا تحملها العاقلة ، كالعمد المحض وإتلاف المال ؛ فحكمه فيها حكم غير اللقيط ، فإن كانت توجب القصاص وهو بالغ عاقل ؛ اقتص منه مع المكافأة ، وإن كانت موجبة للمال ، وله مال ؛ استوفي ما وجب بالجناية من ماله ، والا كان في ذمته حتى يوسر ، كسائر الديون . (ويخير الإمام في) قتل (عمد ، بين أخذها) - أي : الدية - وبين (القصاص) نصاً ، أيهما فعله جاز ، اذا رآه أصلح ؛ لقول النبي صلى الله عليه وسلم : « السلطان ولي من لا ولي له » ومتى عفا على مال أو صالح عليه ؛ كان لبيت المال ؛ كجناية الخطأ الموجبة للمال .

(وإن قطع طرفه) - أي : طرف اللقيط - وهو صغير أو مجنون حال كون القطع (عمداً ؛ انتظر بلوغه ورشده) ليقتص أو يعفو ؛ لأن مستحق الاستيفاء ، المجني عليه ، وهو حينئذ لا يصلح للاستيفاء ، فانتظرت أهليته . وفارق القصاص في النفس ؛ لأن القصاص ليس له ، بل لوارثه ، والإمام هو المتولي عليه ؛ فيحبس الجاني على طرف اللقيط الى أوان البلوغ والرشد لئلا يهرب . (إلا أن يكون) اللقيط (فقيراً) عاقلا كان أو مجنوناً ؛ (فيلزمه الإمام العفو على ما) ؛ أي : شيء من المال ، يكون فيه حظ للقيط ، (ينفق عليه) منه ، دفعاً لحاجة الإنفاق. قال في

---

(١) أقول : ذكره الجراعي ، وأقره ولم أر من صرح به ، وهو ظاهر يقتضيه كلامهم ، فتأمل . انتهى .

« شرح المنتهى » عن التسوية بين المجنون والعاقل : انه المذهب ، وصححه في في« الإنصاف » ويأتي في باب استيفاء القصاص أن لولي المجنون العفو ، لأنه لا أمد له ينتهي اليه ، بخلاف ولي العاقل. وقطع به في «الشرح» و «المغني» هنا ، وهو ظاهر ما قطع به في «الهداية» و «المذهب» و « المستوعب » و«الخلاصة» وغيرهم هناك . وعلم بما تقدم أن اللقيط لو كان مجنوناً غنياً ؛ لم يكن للامام العفو على مال ، بل تنتظر إفاقته ، وهو المذهب . قاله الحارثي ، وقطع به في « الشرح » .

(وإن ادعى جان عليه) أي : على اللقيط – جناية توجب القصاص أو المال – رقه ، او ادعى (قاذفه رقه بعد بلوغه ، فكذبهما) اللقيط ؛ فالقول (قوله)؛ لأنه محكوم بحريته ، فقبل قوله ؛ لأنه موافق للظاهر ، بدليل أنه لو قذف انساناً ، وجب عليه حد الحر . فللقيط طلب حد القذف ، واستيفاء القصاص من الجاني وإن كان حراً. وإن أوجبت الجناية مالاً طالب ، بما يجب في الحر . وإن صدق اللقيط قاذفه ؛ أو الجاني عليه على كونه رقيقاً ؛ لم يجب عليه إلا ما يجب في قذف الرقيق أو جنايته عليه .

(وإن ادعى أجنبي)– أي: غير واجده –(رقه) – أي : اللقيط – (أو) ادعى إنسان أن (مجهول نسب غيره) – أي : غير اللقيط – مملوكه ، (وهو بيده) – أي : المدعي رقه – (صدق) المدعي ؛ لدلالة اليد على الملك ، (بيمينه) ؛ لإمكان عدم الملك حيث كان دون التمييز أو مجنوناً ، ثم اذا بلغ وقال : أنا حر لم يقبل . قاله الحارثي. وإن لم يكن اللقيط أو مجهول النسب بيد المدعي ؛ فلا يصدق ؛ لأن دعواه تخالف الأصل والظاهر . (ويثبت نسبه) – أي : اللقيط – اذا ادعاه ، (مع) بقاء (رقه) لسيده ، ولو مع بينة بنسبه. قال في «الترغيب » وغيره : إلا أن يكون مدعيه امرأة حرة ؛ فتثبت حريته. فإن ادعى ملتقطه رقه ، أو ادعاه أجنبي وليس بيده ؛ لم يصدق ؛ لأنها تخالف

الظاهر. بخلاف دعوى النسب ؛ لأن دعواه يثبت بها حق اللقيط ، ودعوى الرق يثبت بها حق عليه ؛ فلم تقبل بمجردها ، كرق غير اللقيط. (وإلا) يكن اللقيط بيد الأجنبي المدعي لرقه ، (وحلف أنه له بينة بيده) ، كما لو قالا : نشهد أنه جار في ملكه كان بيده حكم له باليد ، (وحلف أنه) - أي : اللقيط - (ملكه) ؛ حكم له به ؛ لأن ثبوت اليد دليل الملك ، فقبل قوله فيه (أو شهدت له بينة (بملك) بأن قال : نشهد أنه جار في ملكه ، أو أنه ملكه ، أو أنه مملوكه أو عبده ، ولو لم تذكر البينة سبب الملك ؛ حكم له به ؛ كما لو شهد بملك دار أو ثوب ، (أو) شهدت له بينة (أن أمته) - أي: المدعي (ولدته) - أي: اللقيط (بملكه) ؛ أي: المدعي- (أو) شهدت (أنه قنه ، ولو لم تذكر سبب الملك ؛ حكم له به) ؛ لأن الغالب أنها لا تلد في ملكه إلا ملكه فإن شهدت أنه ابن أمته ، أو أن أمته ولدته ، ولم تقل في ملكه لم يحكم له به ؛ لأنه يجوز أن تكون ولدته قبل ملكه لها ، فلا يكون له ، مع كونه ابن أمته وكونها ولدته. قال في «المغني»: وإن كانت له بينة لم يقبل فيه الا شهادة رجلين ، أو رجل وامرأتين . وإن شهدت بالولادة ؛ قبل فيه امرأة واحدة أو رجل واحد ، لأنه مما لا يطلع عليه الرجال في غالب الاحوال .

(وإن ادعاه) - أي : رق اللقيط - (ملتقط ؛ لم يقبل) منه (الا ببينة) تشهد بملكه له ، أو أن أمته ولدته في ملكه ، فيحكم له به ، كما لو لم يكن ملتقطه ، ولا تكفي يده ، ولا بينة تشهد له باليد ؛ لأن الاصل الحرية ، ويده عن سبب لا يفيد الملك ، فوجودها كعدمها . بخلاف المال ، فإن الأصل فيه الملك .

(ويتجه هذا) ؛ أي : عدم قبول دعوى الملتقط بدون بينة إن أقامها ، (بعد اعترافه) - أي : الملتقط - (أنه لقيط) ؛ لجنايته على نفسه بالاعتراف ، (وإلا) يعترف بأنه لقيط (فلو ادعاه) - أي : رق اللقيط - (ابتداء) من غير

تقدم اعتراف منه ، وأقام بينة بالرق ؛ (قبل) قول الملتقط ، وحكم له به ؛ كما لو صدرت دعوى ذلك من (أجنبي) ؛ إذ لا فرق بينهما ، وهو متجه[1]. وإن كان المدعى عليه من لقيط ومجهول نسبه بالغاً عاقلاً ، وكذا مميزاً كما سيأتي في الدعاوى ، فأنكر أنه رقيق ، وقال : أنا حر فالقول قوله أنه حر ، لأن الاصل معه .

(وإن أقر برق لقيط بالغ)، بأن قال : أنا ملك زيد ؛ (لم يقبل) إقراره، (ولو لم يتقدم إقراره) أي : اللقيط – (تصرف منه بنحو بيع) أو شراء، أو لم يتقدم إقراره (اصداق ولا نكاح ، أو) لم يتقدمه (اعتراف بحريته) قبل ذلك ، بأن أقر بالرق جواباً لدعوى مدع، (أو) أقر ابتداء، ولو (صدق مقر له) بالرق ؛ لأنه يبطل به حق الله تعالى في الحرية المحكوم بها ، فلم يصح إقراره ؛ كما لو أقر قبل ذلك بالحرية ، ولأن الطفل المنبوذ لا يعلم رق نفسه ؛ لأنه في تلك الحال ممن لا يعقل ، ولم يتجدد له رق بعد التقاطه ؛ فكان إقراره باطلا .

(فإن شهدت) لمدعي رق اللقيط أو مجهول النسب (بينة) بدعواه ؛ (حكم له بها) – أي : ببينته ، – (ونقض تصرفه) الواقع منه قبل أن يحكم به لمدع رقه ؛ لأنه بان قد تصرف بدون إذن سيده .

---

(١) أقول : لم يتعرض الجراعي لما قرره شيخنا من قوله وأقام بينة بالرق ، وهو غير ظاهر ؛ لأن المصنف قال كأجنبي ، والاجنبي يصدق بيمينه إذا كان بيده ، والصورة هنا بيد الملتقط ، فادعى رقه ، ولم يعترف قبله بأنه لقيط ، فما قيد به شيخنا غير ظاهر ، فيكفي في ذلك اليمين كما في الاجنبي ، ولم أر من صرح به ، وقال الجراعي : وهو مفهوم ما قدمه ، أي : في الكلام على ما اذا ادعاه اجنبي . انتهى . قلت : ويؤخذ ايضاً من كلامهم في الباب ، فتأمل . انتهى .

وإن أقر لقيط بالغ (بكفر، وقد نطق بإسلام ، وهو مميز يعقله) ـ أي: الإسلام ـ أو أقر به لقيط بالغ (مسلم حكما) ؛ بأن حكمنا بإسلامه من طريق الظاهر (تبعاً للدار) ؛ بأن كان وجد في دار الإسلام فيه مسلم يمكن كونه منه ؛ (ف) هو (مرتد) ؛ أي : فحكمه حكم سائر المرتدين ، يستتاب ثلاثاً ، فإن تاب ، وإلا قتل في الصورتين ، أما في الأولى فبلا نزاع في المذهب ؛ لأن إسلامه متيقن ؛ فلا يقبل إقراره بما ينافيه . وأما في الثانية ؛ فالصحيح من المذهب أنه لا يقبل منه ذلك ؛ لأن الإسلام وجد عرياً عن المعارض ، وثبت حكمه واستقر ؛ فلم يجز إزالة حكمه بقوله ، كما لو قال ذلك ابن مسلم ، وقوله لا دلالة فيه أصلاً ؛ لأنه لا يعرف في الحال من كان أبوه ، ولا ما كان دينه ، وإنما يقول ذلك من تلقاء نفسه .

فائدة : قال أحمد في أمة نصرانية ولدت من فجور : ولدها مسلم ؛ لأن أبويه يهودانه وينصرانه ، وهذا ليس معه إلا أمه .

(وإن أقر به) ؛ أي : بأن اللقيط ولده ، (من) ـ أي : إنسان ـ (كونه) ـ أي : اللقيط ـ (منه) ـ أي : من المقر ـ ولو كان المقر (كافراً ، أو قناً ، أو أنثى ذات زواج أو) ذات (نسب معروف) ، أو ذات إخوة ؛ (ألحق) اللقيط ، (ولو) كان (ميتاً ، به) ـ أي : بالمقر ـ لأن الإقرار بالنسب مصلحة محضة للقيط لاتصال نسبه ، ولا مضرة على غيره فيه ؛ فقبل ، كما لو أقر له بمال . وهذا بلا خلاف في المذهب ، فيما إذا كان المقر رجلاً حراً مسلماً يمكن كونه منه . نص عليه في رواية جماعة ، وعلى الصحيح فيما إذا كان المقر كافراً ، وهو داخل في عموم نص أحمد ؛ لأنه إقرار بنسب مجهول النسب ، وليس في إقراره إضرار بغيره ؛ لأنه إنما يلحقه في النسب لا في الدين ؛ فصح إقراره . كالمسلم . وعلى الصحيح أيضاً ، فيما إذا كان المقر أنثى ذات زوج ، أو نسب معروف ، أو إخوة ؛ لأنها أحد الأبوين ؛ فثبت النسب بدعواها ، كالأب .

ولأنه يمكن أن يكون منها ، كما يمكن كونه من الرجل ، بل أكثر ؛ لأنها تأتي به من زوج ، ومن وطء شبهة ، ويلحقها ولدها من الزنا دون الرجل . ولا تجب نفقة اللقيط على القن الذي ألحقناه به ؛ لأنه لا يملك ، ولا حضانة له على من استلحقه ؛ لاشتغاله بالسيد ، فيضيع ، فلا يتأهل للحضانة . قال الحارثي : وإن أذن السيد جاز ؛ لانتفاء مانع الشغل . ولا تجب نفقة من استلحقه القن على سيده ، لأن اللقيط محكوم بحريته ، والسيد غير نسيب له ، وتكون نفقته في بيت المال ، لأنه للمصالح العامة .

ولا يلحق (بزوج) امرأة (مقرة) به ، بدون تصديق زوجها ؛ لأن إقرارها لا ينفذ على غيرها ، فلا يلحقه بذلك نسب ولد لم يولد على فراشه ولم يقر به . فإن أقامت المرأة بينة أنها ولدته على فراش زوجها ؛ لحق به . وكذلك الرجل إذا ادعى نسبه ؛ لم يلحق بزوجته ؛ لأن إقراره لا يسري عليها .

(ولا يتبع) اللقيط رقيقاً ادعى نسبه (في رق) ، لأنه لا يلزم من تبعيته النسب الرق بدون بينة .

(و) لا يتبع لقيط كافراً استلحقه في (كفر) ، لأنه محكوم بإسلامه ، فلا يتأثر بدعوى الكافر ، ولأنه مخالف للظاهر ، وفيه اضرار باللقيط . ولا حق للكافر في حضانته ؛ لأنه ليس أهلاً لكفالة مسلم ، ولا تؤمن فتنته عن الإسلام . ونفقته في بيت المال .

(ويتجه وكذا) الحكم (لو وطيء) اثنان (مسلم وكافر) امرأة (كافرة) بشبهة ، وادعاه كل منهما ، (وألحقته) القافة (بالكافر) ؛ فإنه يلحقه في النسب ، ولا يتبعه في الدين ؛ لاحتمال كونه من المسلم . وهو متجه [1] .

---

(١) أقول : ذكر هذا الاتجاه الجراعي ، واعترضه بما لم يظهر لي ، ولم أر من صرح به ، وهو فيما يظهر وجيه يتبادر من كلامهم ؛ لما له من النظائر في البـاب ، وقول شيخنا وادعاه كل منهما غير ظاهر ؛ لأنه سيأتي قريباً ، وإن وطىء اثنـان الخ ، سواء ادعياه أو أحدهما ؛ فلا حاجة إلى ماقيد به ، فتأمل . انتهى .

ولا يسلم اللقيط إلى مستلحقه الكافر ، (إلا أن يقيم) مستلحقه (بينة) تشهد (أنه ولد على فراشه) ، فيلحقه ديناً ؛ لثبوت أنه ولد ذميين ، كما لو لم يكن لقيطاً ، بشرط استمرار أبويه على الحياة والكفر إلى بلوغه عاقلاً ، فإن مات أحدهما أو أسلم قبل بلوغه ، حكم باسلامه .

تنبيه : والمجنون كالطفل ،إذا أقر انسان أنه ولده ؛ لحق به ، إذا أمكن أن يكون منه ، وكان مجهول النسب ؛ لان قول المجنون غير معتبر ، فهو كالطفل . وكل من ثبت لحاقه بالاستلحاق ، لو بلغ أو عقل وأنكر ؛ لم يلتفت إلى قوله ؛ لنفوذ الإقرار عليه في صغره أو جنونه لمستند صحيح ، أشبه الثابت بالبينة .

(وإن ادعاه) - أي : نسب اللقيط - (جمع) ، اثنان فأكثر ؛ سمعت ؛ لان كل واحد لو انفرد صحت دعواه . فإذا تنازعوا تساووا في الدعوى ، ولا فرق بين المسلم والكافر والحر والعبد . فإن كان لاحدهم بينة ؛ (قدم ذو البينة) بها ؛ لانها تظهر الحق ، وتبينه . وإن كان اللقيط المدعي نسبه في يد أحدهما ، وأقاما بينتين ؛ قدمت بينة خارج ، كالمال . وإن كان في يد امرأة ، وادعت نسبه ، وأقامت به بينة ؛ قدمت على امرأة ادعته بلا بينة ، لان البينة علامة واضحة على إظهار الحق .

(فإن تساووا فيها) - أي : البينة بأن أقام كل منهم بينة ، والطفل بأيديهم ، أو ليس بيد واحد منهم ، (أو) تساووا (في عدمها) ، بأن لم يكن لواحد منهم بينةبدعواه؛(عرض)اللقيط(مع مدع) موجود (أو) مع (أقاربه) - أي : المدعي- كأبيه وجدهوأخيه وابنه وابن ابنه،(إن) كان(مات)المدعي، (على القافة) - بالتخفيف - جمع قائف .ويأتي معناه . وكان اياس بن معاوية قائفاً ، وكذا شريح . قاله في المبدع . (فإن ألحقته) القافة (بواحد) ؛ لحق به ؛ لحديث عروة عن عائشة قالت : دخل رسول الله صلى الله عليه وسلم ذات

يوم ، وهو مسرور تبرق أسارير وجهه ، فقال : «أي عائشة ، ألم تري أن مجزز المدلجي دخل فرأى أسامة وزيداً ، وعليها قطيفة قد غطيا رؤوسها وبـــدت أقدامها ، فقال : إن هذه الاقدام بعضها من بعض » وفي لفظ : دخل قائف ، والنبي صلى الله عليــه وسلم شاهد ، وأسامة بن زيد وزيد بن حارثة مضطجعان ، فقال : إن هذه الاقدام بعضها من بعض ، فسر بذلك النبي صلى الله عليه وسلم . وأعجبه ، وأخبر به عائشة » متفق عليها . فلولا جواز الاعتماد على القافة ؛ لما سر به النبي صلى الله عليه وسلم ، ولا اعتمد عليه ، ولان عمر قضى بـه بحضرة الصحابة ، فلم ينكره منكر ، فكان إجماعاً . ويدل على ذلك قول النبي صلى الله عليه وسلم في ولد الملاعنة : انظروها ، فإن جاءت به حمش الساقين ، كأنه وحرة ، فلا أراه إلا قد كذب عليها . وإن جاءت به أكحل جعداً ، جمالياً ، سابـغ الإليتين ، خدلج الساقين فهو للذي رميت بـه ، فأتت به على النعت المكروه ، فقال النبي صلى الله عليه وسلم : «لولا الايمان لكان لي ولها شأن ، فحكم به النبي صلى الله عليه وسلم للذي أشبه منها » وقوله : لولا الايمان لكان لي ولها شأن ؛ يدل على أنه لم يمنعه من العمل بالشبـه إلا الايمان ، فإذا انتفى المانع ؛ يجب العمل به ؛ لوجود مقتضيه . وقوله حمش الساقين – أي : دقيقها - والجعد لئيم الحسب ، وخدلج الساقين ممتلئها ، وكذلك قول النبي صلى الله عليه وسلم ، في ابن أمة زمعة ، حين رأى به شبهاً بيناً بعتبة بن أبي وقاص : احتجبي منه ياسودة . فعمل بالشبه في حجب سودة عنه . فإن قيل : فالحديثان حجـة عليكم ، إذ لم يحكم النبي صلى الله عليه وسلم بالشبه فيها ، بل ألحق الولد بزمعة ، وقال لعبد بن زمعة : «هو لك يا عبد بن زمعة ، الولد للفراش ، وللعاهر الحجر» ولم يعمل شبه ولد الملاعنة في إقامة الحد عليها لشبهه بالمقذوف ، قلنا : إنما لم يعمل به في أمة ابن زمعة ، لان الفراش أقوى ، وترك العمل بالبينة لمعارضة ما هو أقوى منها ؛ لا يوجب الإعراض عنها ، إذا خلت عن المعارض ، ولذلك ترك

إقامة الحد عليها من أجل ايمانها ، بدليل قوله : لولا الايمان لكان لي ولها شأن .
على أن ضعف الشبه عن إقامة الحد ، لايوجب ضعفه عن إلحاق النسب ، فإن الحد في الزنا لا يثبت إلا بأقوى البينتين ، وأكثرها عدداً وأقوى الاقرار ، حتى يعتبر فيه تكراره أربع مرات ، ويدرأ بالشبهات ، والنسب يثبت بشهادة امرأة واحدة على الولادة، ويثبت بمجرد الدعوى ، ويثبت مع ظهور انتفائه، حتى لو أن امرأة أتت بولد وزوجها غائب عنها منذ عشرين سنة ؛ لحقه ولدها، فكيف يحتج على نفيه بعد إقامة الحد . ولانه حكم بظن غالب ورأي راجح ، ممن هو أهل الخبرة ؛ فجاز ؛ كقول المقومين

فإن قيل : فههنا إذا عملتم بالقيافة فقد نفيتم النسب عمن تلحقه القافة به ؛ قلنا : انما انتفى النسب ههنا لعدم دليله ؛ لانه لم يوجد الا مجرد الدعوى ،وقد عارضها مثلها ؛ فسقط حكمها ، فكان الشبه مرجحاً لاحدهما ، فانتفت دلالة الاخرى ، فلزم انتفاء النسب لانتفاء دليله ، وتقديم اللعان عليه لا يمنع العمل به عند عدمه ، كاليد تقدم عليها البينة ويعمل بها . انتهى ملخصاً من «المغني ».

(أو)ألحقته القافة (باثنين ؛ لحق) نسبه بهما ؛ لما روى سعيد عن عمر ، في امرأة وطئها رجلان في طهر ، فقال القائف : قد اشتركا فيه جميعاً ، فجعله بينهما ، وبإسناده عن الشعبي قال : وعلي يقول : هو ابنهما وهما أبواه ، يرثهما، ويرثانه. رواه الزبير بن بكار عن عمر ، (فيرث) اللقيط الملحق بأبوين (كلا منهما) -أي : الابوين - إرث ولد كامل ، فإن لم يخلف غيره ورث جميع مالهما . (ويرثانه إرث أب) واحد ؛ لما تقدم .

(ويتجه) أنه حيث كان إلحاق القافة لقيطاً باثنين معتبراً (فلو تزوج أحدهما) ؛ أي : من ألحقت القافة الولد به ، (بنت) الملحق (الآخر) المفروض في مسألتنا (قيل) - أي :قال القائل - (فيه) ؛ أي : الشخص الذي تزوج : قد

(تزوج) هذا (اخت ابنه) لابيه(نسباً)؛أي: في النسب لا في الرضاع ؛ لانها أجنبية منه . وهومتجه [1]

تنبيه : قال الخلوتي : إذا ألحقته القافه باثنين ، وكان لكل من هذين الاثنين بنت ، وللقيط أم ؛ جاز لواحد أجنبي عنهما أن يجمع بين بنتي هذين الشخصين وأم اللقيط؛ لان كلا منهن أجنبي من الآخرين ، ويعايا بها ، فيقال: شخص تزوج بأم شخص وأختيه معاً ، وأقر النكاح مع اسلام الجميع . وفي ذلك قلت ملغزاً :

يا فقيهاً حوى الفضائل طراً وتسامى على الانام بعلمه

افتنا في شخص تزوج اختين لشخص مع البناء بأمه

وَأجازوا عقوده دون ريب أو ملام في الشرع أرشد لفهمه

(وان وصى) أي : الملحق باثنين ؛ قبلا له الوصية (أو وهب له ؛ قبلا) له الهبة ؛ لانهما بمنزلة أب واحد . وعلى قياس ذلك سائر التصرفات من نكاح أو غيره قال الموضح : وهما وليان في غير ذلك كنكاح وغيره .

(وان خلف) الملحق باثنين (أحدهما فله) - أي : المخلف منهما - (ارث أب كامل ، ونسبه) مع ذلك (ثابت من الميت) ، لايزيله شيء ، كما أن الجدة إذا انفردت أخذت ما تأخذه الجدات والزوجة وحدها تأخذ ماتأخذه الزوجات .

(ولأم أبويه) ، إذا مات وخلفها (مع أم أمه) وعاصب ، (نصف سدس)؛ لانها بمنزلة جدة الاب (ولها) ؛أي: لام أمه (نصفه) - أي: السدس - كما لو كانت مع أم أب واحد .

(وكذا لو ألحقته) القافة (بأكثر) من اثنين ؛ فيلحق بهم وإن كثروا؛ لان المعنى الذي لاجله الحق باثنين موجود فيما زاد عليه ، فقياس عليه . وإذا جاز

---

(١) أقول : ذكره الجراعي ، وأقره ، ولم أر من صرح به ، وهو ظاهر يلغز به . انتهى .

أن يخلف من اثنين جاز أن يخلف من أكثر .

ولو توقفت القافة في إلحاقه بأحد من ادعاه ، أو نفته عن الآخر؛ لم يلحق بالذي توقفت به ؛ لانه دليل له .

وإن ادعى نسبه رجل وامرأة ألحق بهما ؛ لانه لا تنافي بينهما ؛ لإمـــكان كونه منهما بنكاح أو وطىء بشبهة ، فيكون ابنهما بمجرد دعواهما ، كالانفراد.

فإن قال الرجل: هو ابني من زوجتي ، وادعت زوجته أنه ابنها منه ، وادعت امرأة أنه ابنها فهو ابنه ، وترجح زوجته على الاخرى ؛ لأن زوجهـا أبوه ، فالظاهر أنها أمه .

(وإن لم توجد قافة)، وقد ادعاه اثنان فأكثر ، ضاع نسبه . فإن وجدت (ولو بعيدة) ؛ ذهبوا اليها

(أو نفته) القافه عمن ادعياه أو ادعوه ، (أو أشكل) امره على القافة، فلم يظهر لهم فيه شيء ؛ ضاع نسبه ؛ لانه لا دليل لاحدهم ، أشبـــه من لم يدع نسبه .

(أو اختلف) فيه (قائفان) ، فألحقه أحدهما بواحد ، والآخر بآخر ، (أو) اختلف قائفان (اثنان وثلاثة) من القافة فأكثر ؛ بأن قال اثنان منهم : هو ابن زيد ، وقال الباقون : هو ابن عمر ؛ (ضاع نسبه) ؛ لتعارض الدليل ، ولا مرجح لبعض من يدعيه ، أشبه تعارض البينتين ، ولا يرجح أحدهم بذكر علامة في جسده ؛ لأنه قد يطلع عليهـا الغير ، فلا يحصل الثقة بذكرها . (ويؤخذ) بقول قائفين . (اثنين خالفهما) قائف (ثالث)؛ لكمال النصاب إن اعتبر التعدد ، وإلا فتعارض القائفين يقتضي تساقطهما ، والثالث خلا عن معارض فيعمل به ، (كبيطارين) خالفهما بيطار في عيب ، (وكطبيبين) خالفهما طبيب (في عيب) قاله في « المنتخب » .

ويثبت النسب . ولو رجعا بعد التقويم ، بأن قوماه بعشرة ، ثم رجع الى اثني عشر أو ثمانيـــة ؛ لم يقبل . قاله الحـارثي . وينبغي حمله على ما بعد الحكم .

(ولو رجع عن دعواه) النسب (من الحقته قافة به ؛ لم يقبل) منه الرجوع؛ لأنه حق عليه (ومع عدم إلحاق) القافة به (فرجع أحدهما) عن دعواه؛ (الحق بالآخر) ؛ لزوال المعارض ، ولا يضيع نسبه .

(ويكفي قائف واحد) في إلحاق النسب ؛ لمـــا روي عن عمر : « أنه استقاف المصطلقي وحده »وكذلك ابن عباس استقاف ابن كلدة واسلتحق به ؛ ولانه حكم ، فقبل فيه الواحد ، كالحاكم. (وهو كحاكم فيكفي مجرد خبره)؛ لانه ينفذ ما يقوله ، بخـلاف الشاهد . فإن ألحقه بواحد ، ثم ألحقه قائف آخر بآخر ؛ كان لاحقاً بالأول فقط ؛ لأن إلحاقه جرى مجرى حكم الحاكم ، فلا ينقض بمخالفة غيره له ، وكذا لو ألحقه بواحـد ، ثم عاد فألحقه بغيره . وإن أقام آخر بينة أنه ولده ؛ حكم له به ، وسقط قول القائف ؛ لأنه يدل ، فيسقط بوجود الأصل ، كالتيمم مع الماء .

(وشرط كونه) ــ أي : القائف ــ (ذكراً) ؛ لأن القيافة حكم مستندها النظر والاستدلال ، فاعتبرت فيه الذكورة ؛ كالقضاء (عدلاً) ؛ لأن الفاسق لا يقبل قوله . وعلم منـــه اشتراط إسلامه بالأولى ؛ اذ الحاكم لا يكون إلا مسلماً حراً ؛لأنه كحاكم، جزم به القاضي ، وصاحب « المستوعب» والشارح ، والموفق ، وذكره في«الترغيب» عن الأصحاب ، قال في « القواعد الاصولية»: الأكثرون على أنه كحاكم، فتشترط حريته . وقدمه في « الرعاية الكبرى » ، و «الحاوي الصغير» . قال في « المغني » : لأن قوله حكم ، والحكم يعتبر له هذه الشروط . انتهى . (خلافاً له) ــ أي : لصاحب «الاقناع»ــ فإنه قال : ولا

تشترط حريته . كأنه نظر الى قول صاحب « الإنصاف » : إن عدم اشتراط الحرية هو المذهب ، مع أنه قد رجع عنه ؛ بدليل قوله : بعد ذكر القولين : فعلى الأول – وهو عدم اشتراط الحرية – يكون بمنزلة الشاهد ، وعلى الثاني – وهو اشتراطها – يكون بمنزلة الحاكم . ثم لما ألف « التنقيح » جزم بأن القائف كحاكم ، فإذن تشترط حريته . ومقتضي أنه كحاكم وشاهد اعتبار الاسلام قطعاً . (مجرباً في الاصابة) لأنه أمر علمي ، فلا بد من العلم بعلمه له، وذلك لا يعرف بغير التجربة فيه. قال القاضي في كيفية التجربة : هو أن يترك اللقيط مع عشرة من الرجال ، غير من يدعيه ، ويرى إياهم ، فإن ألحقه بواحد منهم ؛ سقط قوله ؛ لأنا نتبين خطأه ، وإن لم يلحقه بواحد منهم ، أريناه إياه مع عشرين منهم مدعيه ، فإن ألحقه به لحق . ولو اعتبر بأن يرى صبياً معروف النسب ، مع قوم فيهم أبوه أو أخوه ، فإذا ألحقه بقريبه علمت اصابته ، وإن ألحقه بغيره سقط قوله . وهذه التجربة عند عرضه على القائف للاحتياط في معرفة اصابته . وإن لم نجربه في الحال ، بعد أن يكون مشهوراً بالاصابة وصحة المعرفة في مرات كثيرة ؛ جاز . قال في «المغني» : وقد روينا أن رجلاً شريفاً شك في ولد له من جاريته ، وأبى أن يستلحقه ، فمر به إياس بن معاوية في المكتب ، وهو لا يعرفه ، فقال ادع لي أباك ، فقال المعلم : ومن أبو هذا ؟ قال : فلان ، قال من أين علمت أنه أبوه ؟ قال هو أشبه من الغراب بالغراب ، فقام المعلم مسروراً الى أبيه ، فأعلمه بقول إياس ، فخرج الرجل وسأل إياس : من أين علمت أن هذا ولدي ؟ فقال : سبحان الله ، وهل يخفى ذلك على أحد ؟ إنه لأشبه منك من الغراب بالغراب ، فسر الرجل ، واستلحق ولده. انتهى.

(وكذا) – أي : كاللقيط (إن وطىء إثنان امرأة) بلا زوج (بشبهة) في طهر ،(أو) وطئا (أمتهما في طهر واحد أو وطء أجنبي بشبهة زوجة)لآخر ، (أو سرية لآخر)، هي فراش لذلك الآخر ،وهو أن يجدها الواطىء على فراشه ، فيظنها

زوجته أو أمته ، أو يدعو زوجته أو أمته في ظلمة ، فتجيبه زوجة آخر أو أمته ، أو يتزوجها كل واحد منها تزويجاً فاسداً ، أو يكون نكاح أحدهما صحيحاً والآخر فاسداً ، مثل أن يطلق رجل امرأته فينكحها آخر في عدتها أو يطؤها ؛ أو يبيع جاريته أو يطؤها المشتري قبل استبرائها ، فإذا وقع شيء مما ذكر (وأتت بولد يمكن كونه) منهما - أي : الواطئين - ؛ فإنه يرى القافة معهما. قال في « المحرر » : سواء ادعياه ، أو جحداه ، أو أحدهما ، وقد ثبت الافتراش. ذكره القاضي. (ولم يدع ؛ زوج انه) - أي : الولد - (من واطىء) . هذا المذهب ، وعليه الاصحاب ، (خلافاً له - أي :) لصاحب « الإقناع » - فإنه قال : وان وطىء اثنان امرأة بشبهة ، أو جارية مشتركة بينهما ، في طهر واحد ، أو وطئت زوجة رجل ، أو أم ولد ، وأتت بولد يمكن أن يكون منه ، فادعى الزوج انه من الواطىء أرى القافة معهما . انتهى . وما قاله في «الإقناع» : من اشتراط دعوى الزوج ، تبع فيه اختيار أبي الخطاب ، وهو مرجوح ؛ لانفراده به عن الاصحاب . وما مشى عليه المصنف هو الصواب .

قال في شرح «المنتهى» : وكلامه في« الانصاف » هنا مشكل ، فليراجعه بتأمل من شاء . انتهى . وعبارة «الإنصاف» : وكذا الحكم إن وطىء اثنان امرأة بشبهة ، أو جارية مشتركة بينهما ، في طهر واحد ، أو وطئت زوجة رجل أو أم ولده بشبهة ، وأتت بولد يمكن أن يكون منه ، فادعى الزوج أنه من الواطىء أرى القافة معها ، هذا المذهب ، وعليه جماهير الاصحاب ، وجزم به في « الوجيز » وغيره ، مع أن الأمر ليس كذلك ، فإن من تأمل عبارات من ذكر ، وأمعن فيها دقة الفكر ، وحدة النظر ؛ وجد بعضها مخالفاً لما رقم ، وجزم بأنها مجرد سبق قلم ، فإن دعوى الزوج لم يشترطها سوى أبي الخطاب ، ولم يشترط ذلك قبله أحد من الاصحاب ، بل تابعه على ذلك بعض من خلف ، من غير اعتبار للحائزين بالتقدم غاية الشرف .

تتمة : ونفقة المولود المشتبه نسبه على الواطىء ؛ لاستوائهما في امكان لحوقه بهما ، فإذا لحق بأحدهما رجع من لم يلحق به على الآخر بنفقته ؛ لتبين انه محل الوجوب . ويقبل قول القائف في غير بنوة ؛ كاخوة وعمومة وخؤولة ، لحديث عروة عن عائشة رضي الله عنها ، أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : «اذا علا ماؤها ماء الرجل؛ أشبه الولد أخواله ، وإذا علا ماء الرجل ماءها أشبه الولد أعمامه » ذكره الحارثي ولا يختص بالعصبات ، كما تقدم ؛ لأن المقصود معرفة شبه المدعى للميت بشبه مناسبيه ، وهو موجود فيما هو أعم من العصبات .

(ويتجه و) إن وطئت مزوجة أو أمة (بزنا) ، وهي فراش لزوج أو سيد ، وأتت بولد بعد ستة أشهر ، من الواطىء ، فالولد الذي أتت به الزوجة (لزوج ، و) الذي أتت به الأمة (لسيد) ؛ لقوة جانب كل منهما ، بكونها فراشاً له .

ويتجه أنه اذا وطىء اثنان أمة لهما ، وأتت بولد ، وأشكل أمره (في أمتهما) المشتركة بينهما ، ولم يدعه أحدهما ، (ولا قافة) موجودة يعرض عليها ، أو وجد قافة وأشكل الأمر عليها ؛ (يلحقهما) ؛ أي : الولد الواطئين معاً ، إذ لو انفرد كل منهما بالملك للحقه ؛ لأنه صاحب فراش ، فكذلك هنا ؛ إذ لا فرق (وتعتق بموتهما) ؛ لأنها أم ولدهما ، وبموت أحدهما يعتق منها قدر نصيبه . وهو متجه [1].

---

(١) أقول : ذكر الاتجاهين الجراعي ، وأقرهما ، ولم أر من صرح بهما ، وهما ظاهران ، يؤخذان من كلامهم في الباب وغيره ، أما الاول فوجه ظهوره أنه حيث كان يمكن كونه منها ، ومن المعلوم أن الزاني لا يلحق به نسب ، فتعين إلحاقه بصاحب الفراش احتياطاً للنسب ، وهو يثبت بأدنى احتمال — ولو حكم القائف به للزاني — لأن حكم القائف بمجرد ظن وتخمين ، لا عن يقين ، فلا يرفع احتمال كونه من صاحب الفراش ، وأما الاتجاه الثاني فلما علل به شيخنا ، كما يؤخذ من كلامهم ، فتأمل . انتهى .

(وليس لزوج) وطئت زوجته بشبهة ، وأتت بولد ، و(ألحق به) الولد بالحاق القافة له ، وهو يجحده ؛ (اللعان ؛ لنفيه) ؛ لأن شرط صحة اللعان أن يكون معه قذف؛لقوله تعالى: «والذين يرمون أزواجهم»(1) وهذا ليس بقاذف؛ فلا يصح اللعان ؛ لعدم شرطه .

(والقافة) قوم يعرفون الإنسان بالشبه ، جمع قائف ، و(لا تختص) القافة (بقبيلة) معينة كبني مدلج ، (بل من) عرف عنه المعرفة ، و(جرب في) هذا الشأن ، وتكررت منه (الاصابة ؛ فهو قائف) قال في « الصحاح : يقال قفت ، وقفوت ، وقاف ، واقتاف أثره ، اذا اتبعه ، وهو أقوف الناس انتهى .

(فرع: لو ولدت امرأة ذكراً و)ولدت امرأة (أخرى انثى ، واختلفا)؛ بأن ادعت كل واحدة منهما أن الذكر ولدها دون الانثى ؛ (عرض) الولدان مع أميهما (على قافة، كرجلين) فيما تقدم ، فيلحق كل واحد منهما بمن ألحقته به القافة ، كما لو لم يكن لها ولد آخر (لكن لا يلحق) الولد الواحد (بأكثر من امرأة (واحدة ، فان ألحقه القائف بأمين ، سقط قوله) ؛ أي : القائف لاستحالة ذلك . فإن لم يوجد قائف ؛ اعتبر باللبن) خاصة، (فلبن الذكر يخالف لبن الانثى في طبعه ، وزنته، فلبنه) ـ أي : الذكر ـ (أثقل من لبنها) ـ أي: الانثى ـ فمن كان لبنها لبن الذكر ؛ فهو ولدها ، والبنت للاخرى .

تنبيه : وإن كان الولدان ذكرين أو انثيين ، وادعتا إحدهما ؛ تعين عرض الولد المتنازع فيه على القائف ، كما تقدم. وإن ادعى اثنان مولوداً ، فقال أحدهما : هو ابني، وقال الآخر : هو بنتي ؛ نظر إن كان ذكراً فلمدعيه، وإن كان أنثى فلمدعيها ، سواء كان هناك بينة أو لا ؛ لأن كل واحد منهما لا يستحق سوى ما ادعاه . وإن كان خنثى مشكل ؛ عرض معها على القافة ؛ لأنه ليس قول أحدهما أولى من الآخر. والله أعلم .

---

(١) سورة النور ، الآية : ٦

﴿ كتاب الوقف ﴾

الوقف : مصدر وقف بمعنى حبس واحبس وسبل ، قال الحارثي : وأوقفه لغة لبني تميم .

وهو مما اختص به المسلمون قال الشافعي : لم يحبس أهل الجاهلية ، وإنما حبس أهل الإسلام . والأصل فيه ما روى عبد الله بن عمر ، قال : « أصاب عمر أرضاً بخيبر ، فأتى النبي صلى الله عليه وسلم يستأمره فيها ، فقال : يا رسول الله إني أصبت مالاً بخيبر ، لم أصب قط مالاً أنفس عندي منه ، فما تأمرني فيه ؟ قال : إن شئت حبست أصلها وتصدقت بها ، غير أنه لا يباع أصلها ، ولا يوهب ، ولا يورث ، قال : فتصدق بها عمر في الفقراء ، وذوي القربى ، والرقاب ، وفي سبيل الله ، وابن السبيل ، والضياف ، لا جناح على من وليها أن يأكل منها بالمعروف ، أو يطعم صديقاً ، غير متمول فيه » وفي لفظ : «غير متأثل» متفق عليه . وفي حديث عمر وبن دينار قال ، في صدقة عمر : «ليس على الوالي جناح أن يأكل ، ويؤكل صديقاً له ، غير متأثل» . وكان ابن عمر هو يلي صدقة عمر ، ويهدي للناس من أهل مكة ، كان ينزل عليهم . أخرجه البخاري . قال المجد : فدل ذلك على أن من وقف شيئاً على صنف من الناس ، وولده منهم ؛ دخل فيه . وعن أبي هريرة : أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : اذا مات الإنسان انقطع عمله إلا من ثلاثة ، صدقة جارية ، أو علم ينتفع به ، أو ولد صالح يدعو له » حديث حسن . وقال جابر : لا خلاف بين الأئمة في تحبيس القناطر والمساجد ، واختلفوا في غير ذلك .

والوقف (تحبيس مالك) ، بنفسه أو وكيله ، (مطلق التصرف) ، وهو

المكلف الحر الرشيد ، (ماله المنتفع به مع بقاء عينه ، بقطع تصرفه) — أي : المالك — وهو متعلق بتحبيس ، على أنه تبين له ؛ أي : إمساك المال عن أسباب التملكات بقطع تصرف مالكه (وغيره في رقبته) بشيء من التصرفات ، (يصرف ريعه) ؛ أي : غلة المال وثمرته ونحوها ، بسبب تحبيسه ، (الى جهة بر) يعينها واقف هذا معنى قولهم : وتسبيل المنفعة ؛ أي : اطلاق فوائد العين الموقوفة ، من غلة وثمرة وغيرها ، للجهة المعينة ، (تقرباً الى الله تعالى) ؛ بأن ينوي به القربة . وهذا الحد لصاحب « المطلع » وتبعه عليه في « التنقيح » و « المنتهى » و «الإقناع» وتبعهم المصنف واستظهر شارح «المنتهى» أن قوله : تقرباً الى الله تعالى ، انما يحتاج الى ذكره في حد الوقف الذي يترتب عليه الثواب ، لا غير ذلك ، فإن الإنسان قد يقف ملكه على غيره توددا لا لأجل القربة ، ويكون وقفاً لازماً . ومن الناس من يقف عقاره على ولده ، خشية على بيعه له بعد موته واتلاف ثمنه واحتياجه الى غيره ، من غير أن يخطر القربة بباله. ومنهم من يستدين حتى يستغرق الدين ماله ، وهو مما يصح وقفه ، فيخشى أن يحجر عليه ، ويباع ماله في الدين ، فيقفه ؛ ليفوت على رب الدين ، ويكون وقفاً لازماً ؛ لكونه قبل الحجر عليه مطلق التصرف في ماله ، لكنه أثم بذلك . ومنهم من يقف على ما لا يقع عليه غالباً إلا قربة ؛ كالمساكين والمساجد ، قاصداً بذلك الرياء ، فإنه يلزم ، ولا يثاب عليه ؛ لأنه لم يبتغ به وجه الله تعالى .

وعلم منه أنه لا يصح الوقف من نحو مكاتب ، ولا سفيه ، ولا وقف نحو الكلب والخمر ، ولا نحو المطعوم والمشروب ، إلا الماء ، ويأتي .

(فهو) — أي : الوقف — (سنة) ؛ لقوله تعالى: «وافعلوا الخير»[1] ، ولفعله عليه الصلاة والسلام ، وفعل أصحابه .

(وأركانه) — أي : الوقف — (أربعة ، واقف ، وموقوف عليه ، وما

---

(١) سورة الحج ، الآية : ٧٧

ينعقد به) من الصيغ القولية أو الفعلية ؛ (فيصح) الوقف (بإشارة من أخرس مفهمة) ؛لأنهـا قائمة مقام القول من الناطق (و)يصح الوقف (بفعل مع) شيء (دال عليه) ـ أي : الوقف ـ (عرفاً) ، كما يحصل بذلك القول ؛ لاشتراكهما في الدلالة عليه ؛ (كبناء هيئة مسجد مع إذن عام في الصلاة فيه ، ولو بأذان وإقامة فيه) أي :فيما بناه على هيئة المسجد ، بنفسه أو بمن نصبه لذلك ، لأن الأذان والإقامة فيه كالاذن العام في الصلاة فيه . قال الشيخ تقي الدين : ولو نوى خلافه . ونقله أبو طالب ؛ أي : إن نية خلاف ما دل عليه الفعل لا أثر لها. قال الحارثي : وليس يعتبر للاذن وجود صيغة ، بل يكفي ما دل عليه من فتح الأبواب والتأذين ، أو كتابة لوح بالأذان أو الوقف. انتهى.

(أو) كان ما بناه على هيئة المسجد واذن في الصلاه فيه (سفل بيته ، وينتفع بسطحه) ــ أي : البيت ــ فيصح (ولو) كان انتفاعه به (بجماع) ؛ فيباح ؛ لأنه من الانتفاع بملكه. (أو) جعل (علوه) ــ أي : البيت ــ مسجداً ، وانتفع بعلوه وسفله؛ ولو لم يذكر استطراقاً الى ما جعله مسجداً؛ فيصح الوقف ، (ويستطرق اليه ؛ (كما لو باع) بيتاً من داره ، (أو أجر بيتاً من داره) ، ولو لم يذكر له استطراقاً؛ فإنه يصح البيع والإجارة ، ويستطرق اليه على العادة .

(أو) بنى بيتاً (لقضاء حاجة وتطهر ويشرعه) ؛ أي : يفتح بابــه الى الطريق ، (ويملأ خابية ماء على الطريق) ، أو ينثر على الناس نثاراً ، فمن فعل شيئاً من ذلك ؛ كان تسبيلاً واذناً في الالتقــاط ، وأبيح أخذه ، و كذلك دخول الحمام ، واستعمال مائه من غير إذن ، مباح بدلالة الحال .

(أو يجعل أرضه مقبرة ، ويأذن) للناس (إذناً عاماً بالدفن فيهــا) ؛ لأن الإذن الخاص قد يقع على غير الموقوف ، فلا يفيد دلالة الوقف . قاله الحـارثي .

(ويتجـه باحتمال) قوي (أو يفرش نحو حصير) كبساط (بمسجد)

ومدرسة ، (ويأذن) للناس (إذناً عاماً في الصلاة عليه) . وكذلك لو دفعه لقيم المسجد ، وأمره بافتراشه فيه ، أو خاطه بمفروش بجانبه ؛ فيصح ذلك ، ويلزم بمجرد فعله ذلك ، وهو متجه[1] .

(و) يحصل الوقف (بقول) رواية واحدة.

(وصريحه وقفت ، وحبست ، وسبلت) فمن أتى بكلمة من هذه الثلاث ؛ صح الوقف ، لعدم احتمال غيره بعرف الاستعمال المنضم اليه عرف الشرع ؛ لأن النبي صلى الله عليه وسلم قال : « إن شئت حبست أصلها، وسبلت ثمرتها» . فصارت هذه الألفاظ في الوقف كلفظ التطليق في الطلاق . واضافة التحبيس الى الأصل ، والتسبيل الى الثمرة ، لا يقتضي المغايرة في المعنى ، فإن الثمرة محبسة أيضاً على ما شرط صرفها اليه. فلو قال مالك : أحبست ثمرة نخل على الفقراء ؛ كان ذلك وقفاً لازماً ، باتفاق من يرى أن التحبيس صريح في الوقف . وأما الصدقة فقد سبق لها حقيقة شرعية في غير الوقف ، هي أعم من الوقف ، فلا يؤدي معناه لها إلا بقيد يخرجها عن المعنى الأعم . ولهذا كانت كناية فيه . وفي جمع الشارع بين لفظي التحبيس والتسبيل ، تبيين لحالة الابتداء والدوام ، فإن حقيقة الوقف ابتداء تحبيسه ، ودوام تسبيل منفعته ، ولهذا حد كثير من الأصحاب الوقف بأنه ، تحبيس الأصل وتسبيل الثمرة والمنفعة .

(وكنايته) ـ أي : الوقف ـ (تصدقت ، وحرمت ، وأبدت) ؛ لعدم خلوص كل لفظ منها عن الاشتراك ، فإن الصدقة تستعمل في الزكاة ، وهي ظاهرة في صدقة التطوع ، والتحريم صريح في الظهار ، والتأبيد يستعمل في كل ما يراد

---

(١) أقول : ذكره الجراعي ورجحه ، وقال : إذ لافرق بين من ملأ خابية أو يجعل أرضه مهيأة للدفن فيها مع إذن عام ، وقد يكون فعله دالا على الإذن العام ، كما لو دفعه لقيم المسجد ، وعين له مكان فرشه . انتهى . ولم أر من صرح به ، وهو ظاهر يؤخذ من كلامهم في الباب ، فتأمل . انتهى .

تأبيده من وقف وغيره ؛ فلا يصح الوقف بها مجردة عما يصرفها اليه ككنايات الطلاق فيه ؛ لأنها لم يثبت لها عرف لغوي ولا شرعي .

(إلا بنية) للوقف ، فمن أتى بكناية واعترف أنه نوى بها الوقف ؛ لزمه حكماً ؛ لأنها بالنية صارت ظاهرة فيه . وإن قال ما أردت بها الوقف ؛ قبل قوله ؛ لأن نيته لا يطلع عليها غيره .

(أو قرنها) - أي : الكناية في اللفظ - (بإحدى الألفاظ الخمسة) ، وهي الصرائح الثلاث ، والكنايات ؛ كقوله: (تصدقت صدقة موقوفة ، أو) تصدقت صدقة (محبسة ، أو) تصدقت صدقة (مسبلة ، أو) تصدقت صدقة (محرمة ، أو) يقول : (حرمت كذا تحريماً موقوفاً ، الى آخره) ، كقوله : حرمته تحريماً محبساً ، أو تحريماً مسبلاً ، أو تحريماً مؤبداً .

(أو قرنها) - أي: الكناية - (بحكم الوقف) ؛ كقوله تصدقت به (صدقة لا تباع ، أو) صدقة (لا توهب ، أو) صدقة (لا تورث ، أو تصدقت) بداري (على قبيلة) كذا ،(أو) على (طائفة كذا ، أو) على (مسجد كذا) ؛ لأن ذلك كله لا يستعمل في غير الوقف ، فانتفت الشركة ، (أو) قرن الكناية بحكم الوقف ؛ كان يقول : تصدقت بأرضي (على زيد والنظر لي) أيام حياتي ، أو النظر لفلان ثم من بعده لفلان .(أو) تصدقت به (عليه) - أي: زيد - ثم من بعده (على ولده) ، وعلى عمرو . (فلو قال) رب دار : (تصدقت بداري على زيد ، ثم قال) المتصدق : (أردت الوقف ، وأنكر زيد) ، وقال : إنما هي صدقة ، فلي التصرف في رقبتها بما أريد ؛ قبل قول زيد ، و (لم يكن وقفاً) ؛ لمخالفة قول المتصدق للظاهر ؛ لأن زيداً يدعي ما اللفظ صريح فيه ، والواقف يدعي ما هو كناية فيه ، فقدمت دعوى زيد . لكن إن كان الواقف قد نوى الوقف ؛ كان وقفاً باطناً ، وحصل له ثواب الوقف . وبهذا يعلم الفرق بين تصدقت وغيرها من بقية الكنايات التي ليست صريحة . فلو قال : حرمت هذه الدار على زيد ،

وقال : أردت الوقف ، وأنكر زيد ؛ لم يلتفت الى إنكاره ، وتكون وقفاً. (وعند الشيخ) تقي الدين (لو قال) انسان : قريتي التي في الثغر لموالي الذين به ولأولادهم ؛ صح وقفاً . ونقله يعقوب بن بختان عن أحمد . واذا قال واحد : (جعلت هذا المكان مسجداً) ، أو وقفاً ،صار مسجداً أو وقفاً بذلك ، وان لم تكمل عبارته. (أو قال) كل واحد أو جماعة : (جعلت ملكي للمسجد) ، أو في المسجد ، ونحو ذلك ؛ (صح) ، وصار بذلك وقفاً للمسجد . قـــاله في الاختيارات. ويؤخذ منه أن الوقف يحصل بكل ما أدى معناه ، وإن لم يكن من الألفاظ السابقة .

ووقف الهـازل ووقف التلجئة ، إن غلب على الوقف جهة التحرير من جهة أنه لا يقبل الفسخ ؛ فينبغي أن يصح ، كالعتق والإتلاف . وان غلب عليه شبه التمليك ؛ فيشبه الهبة والتمليك ، وذلك لا يصح من الهازل على الصحيح. قاله في «الاختيارات» . قال في «الفروع» : فيتوجه منه الاكتفاء بلفظ يشعر بالمقصود ، وهو أظهر على أصلنا ؛ فيصح جعلت هذا للمسجد وفي المسجد ونحوه، وهو ظاهر نصوصه. انتهى.

(فصل : وشروطه) ؛ إي : شروط الوقف المعتبرة لصحته (ستة) .

(أحدها كونه) — أي : الوقف — (من مالك جائز التصرف) ، وهو المكلف الرشيد ؛ فلا يصح من صغير أو سفيه أو مجنون ، كسائر تصرفاتهم المـالية . قال في « الاختيارات » : ويجوز للانسان أن يتصرف فيما في يده في الوقف وغيره،حتى تقوم بينة شرعية أنه ليس ملكاً له . (أو) كون الوقف (ممن يقوم مقامـه) ، كوكيله ، لا الولي ، فلا يصح منه لعدم المصلحـــة للمحجور عليه فيه .

(الثاني كونه) — أي : الموقوف — (عيناً) ؛ فـ (لا)يصح وقف (ما في الذمة) ، كقوله وقفت داراً أو عبداً ولو موصوفاً . لأنه ليس بعين (معلومة

يصح بيعها)، بخلاف نحو أم الولد،(وأن) تكون العين من الأعيان التي (ينتفع بهـــا) ، انتفاعاً (عرفاً) ، وأن يكون النفع مباحاً بلا ضرورة ، مقصوداً ، متقوماً، (كإجارة) ، واستغلال ثمرة ، ونحوه. (مع بقائها) ؛ لأن الوقف يراد للدوام ، ليكون صدقة جارية ، ولا يوجد ذلك فيما لا تبقى عينه . وأشار بقوله : كإجارة ، الى أن المنتفع به تارة يراد منه ما ليس عيناً ؛ كسكنى الدار، وركوب الدابة ، وزراعة الارض ، وتارة يراد منه حصول عين ، كالثمر من الشجر ، والصوف ، والوبر ، والألبان ، والبيض من الحيوان . (ولو) صادف الوقف جزءاً (مشاعاً منها) ؛ أي : من العين المتصفة بما تقدم ، كنصف أو سهم معلوم منها ؛ لحديث ابن عمر أن عمر قال : المائة سهم التي بخيبر لم أصب مالاً قط أعجب إلي منهـا ، فأردت أن أتصدق بها ، فقال النبي صلى الله عليه وسلم : « احبس أصلها، وسبل ثمرتها » . رواه النسائي ، وابن ماجة. ويعتبر أن يقول: كذا سهماً من كذا سهماً. قاله أحمد ؛ لأنه عقد يجوز على بعض الجملة مفرزاً ، فجاز عليـه مشاعاً ، كالبيع ، ولأن الوقف تحبيس الأصل ، وتسبيل المنفعة ، وهو يحصل في المشاع كحصوله في المفروز . ولا نسلم اعتبار البعض ، وإن سلمنا فهو يصح في الوقف ؛ كما يصح في البيع . قال في « الفروع » : ويتوجه أن المشاع لو وقفه مسجداً ؛ (يثبت فيه حكم المسجد) في الحال ، (فيمنع منه نحو جنب) ، كحائض ونفساء .

(وتتعين القسمة) هنا ؛ (لتعينها طريقاً للانتفاع بالموقوف). انتهى. وكذا ذكره ابن الصلاح .

(أو) كونه (منقولاً كحيوان)؛أي: كما لو وقف فرساً على الغزاة ، أو عبداً لخدمة المرضى . (وأثاث) يفرش في مسجد ونحوه . (وسلاح) ؛ كسيف أو رمح أو قوس ، على الغزاة .

أما الحيوان ؛ فلحديث أبي هريرة مرفوعاً : « من احتبس فرساً في سبيل

الله إيماناً واحتساباً فإن شبعه وروثه في ميزانه حسنات » رواه البخاري

وأما الأثاث والسلاح ؛ فلقوله عليه السلام : «أما خالد فقد حبس أدراعه وأعتاده في سبيل الله » متفق عليه . وفي لفظ البخاري : « وأعتده » . قال الخطابي : الاعتاد ما يعده الرجل من ركوب وسلاح وآلة الجهاد . وقال في «النهاية» الأعتد جمع قلة للعتاد ، وهو ما أعده الرجل من السلاح والدواب وآلة الحرب ، ويجمع على أعتدة أيضاً . وجاء في رواية : «أعبد» بالباء الموحدة ، جمع عبد . وما عدا ذلك مقيس عليه ؛ لأن فيه نفعاً مباحاً مقصوداً ، فجاز وقفه ؛ كوقف السلاح .

(أو) صادف الوقف (داراً لم يذكر) الواقف (حدودها)؛ فيصح (اذا كانت معروفة). قاله في شرح «المنتهى» وظاهر ما تقدم انه اذا وقف عقاراً مشهوراً؛ لم يشترط حدوده ، وهو المذهب ، نص عليه . وقال في « الفروع » : نقل جماعة فيمن وقف داراً ، ولم يحدها ، قال : وإن لم يحدها اذا كانت معروفة . انتهى .

(وكذا) يصح وقف (حلي على لبس وعارية) ؛ لما روى نافع : أن حفصة ابتاعت حلياً بعشرين ألفاً حبسته على نساء آل الخطاب ، فكانت لا تخرج زكاته . رواه الخلال. (فلا يصح إن أطلق) واقف وقف الحلي ، فلم يعينه للبس أو عارية؛ لأنه لا ينتفع به في غير ذلك إلا باستهلاكه .

و(لا) يصح الوقف (مبهماً ، غير معين؛ (كـ)وقفت (أحد هذين) العبدين ؛ لأن الوقف نقل ملك على وجه الصدقة ، فلم تصح في غير معين كالهبة . فإن كان المعين مجهولاً ؛ مثل أن يقف داراً لم يرها ، قال أبو العباس : منع هذا بعيد .

وكذلك هبة (أو) وقف (ما لا يصح بيعه ، كأم ولد)؛ فلا يصح الوقف عليها أيضاً. فإن وقف على غيرها ؛ كعلى زيد ، على أن ينفق عليها منه مدة حياته ،

أو وقف على زيد مثلاً ، على أن يكون الريع لأم ولده مدة حياته ، صح الوقف ؛ لأن استثناء المنفعة لأم ولده كاستثنائها لنفسه .

(و)لا يصح أيضاً وقف (كلب)وخنزير وسباع البهائم التي لا تصلح للصيد، وكذا جوارح الطير التي لا تصلح للصيد ؛ لأنه لا يصح بيعها ، ولا وقف منفعة يملكها ؛ كخدمة عبد موصى له بها ، ومنفعة أم ولده في حياته ، ومنفعة العين المستأجرة .

ولا يصح أن يقف الحر نفسه ، وإن صحت إجارته، ولا أن يقف العبد الموصى بخدمته .

(و)لا يصح وقف (نحو أرض مصر) ؛ كأرض الشام والعراق ، (و)لا وقف (مرهون بلا اذن) راهن ؛ لأن الوقف تصرف بإزالة الملك فيما لا يصح بيعه .

(ويتجـه فلو وقف) جائز التصرف (نحو أرض مصر) ؛ كأرض الشام والعراق ، وكل ما فتح عنوة ، ووقف على المسلمين (على نحو مدارس)؛ كمساجد وخوانك وغيرها، (انما هي) ــ أي : الارض ــ (ارصاد) ــ أي : اعتداد ــ وارصاد الارض اعتدادها ، فكأنه أعدها لصرف نمائها على الجهة التي عينها . (وإفراز)، يقال : أفرز الشيء اذا عزله وميزه ، وبابه ضرب ، فكأنه أفرزها عن ملكه . (ووقفها) ــ أي : الارض ــ (مساجد ؛ يكتفي في) ثبوت وقفه لها بناء (المسجدية بالصورة) أي : صورة المسجد ــ كبناء محراب أو منبر، (و)يكتفي بذلك أيضاً (بالاسمية)؛ أي:بتسميته مسجداً، (فإذا زالت) تلك الصورة بانهدامها ، وتعطل منافعها ؛ (عادت الارض الى حكمها) الأصلي ، (من جواز لبث جنب) فيها ، (وعدم صحة اعتكاف) ؛ لزوال حكم المسجدية عنها ، وعودها الى الحكم الذي كانت عليه قبل ذلك ؛ إذ هي وقف وقفها الإمام عمر رضي الله عنه على المسلمين ، ولم يقسمها بينهم ، كما وصل الينا ذلك بالتواتر،

والوقف لا يوقف ، فلذلك جعل المصنف وقفها مجرد ارصاد وإفراز ، وهو متجه . موافق للقواعد (١) .

(أو)؛ أي: ولا يصح وقف ما (لا ينتفع به مع بقائه) دائماً (غير ماء)؛ فيصح وقفه . قال في « الفائق » : ويجوز وقف الماء . نص عليـــه . قال في «الفروع» وفي «الجامع» : يصح وقف الماء . قال الفضل : سألته عن وقف الماء فقال : إن كان شيئاً استخاروه بينهم جاز . قال الحارثي : هذا النص يقتضي تصحيح الوقف لنفس الماء ، كما يفعله أهل دمشق ، يقف أحدهم حصته أو بعضها من ماء النهر ، وهو مشكل من وجهين : أحدهمـا : إثبات الوقف فيما لم يملكه بعد ، فإن الماء يتجدد شيئاً فشيئاً. الثاني : ذهاب العين بالانتفاع . ولكن قد يقال : بقاء مادة الحصول من غير تأثيره بالانتفاع ، يتنزل منزلة بقاء أصل العين مع الانتفاع . ويؤيد هذا صحة وقف البئر؛ فإن الوقف وارد على مجموع الماء والحفيرة ، فالماء أصل في الوقف ، وهو المقصود من البئر. ثم لا أثر لذهاب الماء بالاستعمال لتجدد بدله ، فهنا كذلك : فيجوز وقف الماء لذلك. انتهى .

(كمطعوم ومشموم يسرع فساده) ؛ لأنه لا ينتفع به مع بقـاء عينه ،

---

(١) أقول : ذكر الاتجاه الجراعي ، وقرر نحوا مما قرره شيخنا . قلت قول المصنف : نحو أرض مصر هي من زيادته على أصليه هنـــا ، وتقدم في البيع أنه يصح أن يقفها الإمام ، فنظر هناك شارح الإقنـــاع في الشرح والحاشية في ذلك ، وعول على أن وقف ذلك من الامام إفراز وإرصاد على مستحقيه ، وأطال في ذلك ، لكن لم يتعرض لحكم جعلها مساجد ونحوها ، كما ذكره المصنف هنا ، ولكنه يقتضيه الكلام والمقـــام ، وهذا ظاهر ومراد فيما إذا كان الواقف الإمام وأما غيره فلا يصح وقفه لشيء من ذلك إلا إن باعه الامام ذلك لمصلحة ، أو اشتراه ، وحكم به من يرى صحة بيع ذلك ، فهذا يصح لجائز التصرف وقفه كما صرحوا به في البيع ، فقول شيخنـــا جائز التصرف، فيه وقفة ؛ لأنه عام يشمل غير الإمام ، وليس العموم مرادا إلا أن تكون ميتة فيحييها ثم يقفهـــا مسجداً أو غيره ، فيصح إذن ؛ لأنه بالإحياء ملكها كغيرها ، فتأمل ذلك . انتهى .

بخلاف ند وصندل وقطع كافور ؛ فيصح وقفه لشم مريض وغيره ؛ لبقائه مع الانتفاع ، وقد صحت إجارته لذلك ، فصح وقفه . واستظهر في «الإنصاف» أن هذا من المتفق على صحته ؛ لوجود شروط الوقف فيه .

(و)لا يصح وقف (دهن على مسجد) ، ولا وقف شمع كذلك ، ولا وقف الريحان ليشمه أهل المسجد ؛ لما تقدم ، (خلافاً للشيخ) تقي الدين في تجويز وقف ذلك بقوله : أو تصدق بدهن على مسجد ليوقد فيه ؛ جاز ، وهو من باب الوقف ، وتسميته وقفاً بمعنى أنه وقف على تلك الجهة ، لا ينتفع به في غيرها . لا تأباه اللغة ، وهو جار في الشرع . وقال أيضاً : يصح وقف الريحان ليشمه أهل المسجد . قال : وطيب الكعبة حكمه حكم كسوتها . قال في « الإنصاف » : فعلم أن التطيب منفعة مقصودة ، لكن قد تطول مدة التطيب ، وقد تقصر ، ولا أثر لذلك . انتهى . والمذهب ما قاله المصنف .

(و)لا يصح وقف (أثمان)، ولو لتحل ووزن،(كقنديل) على مسجد ، (وحلقة من نقد) ذهب أو فضة تجعل في باب المسجد ؛ فلا يصح وقف شيء من ذلك (على المسجد) ؛ كما لا يصح وقف الدراهم والدنانير لينتفع باقتراضها ؛ لأن الوقف تحبيس الأصل وتسبيل المنفعة ، وما لا ينتفع به إلا في الإتلاف لا يصح فيه ذلك . (فيزكيه) – أي : النقد (ربه) ؛ لبقاء ملكه عليه .

ولما كان واقف الأثمان يصح في بعض الصور على سبيل التبعية ، أشار الى ذلك بقوله :(إلا) اذا وقف الاثمان (تبعاً)؛ كوقف (فرس) في سبيل الله تعالى (بلجام وسرج مفضضين) ، فيصح الوقف في الكل . (فتباع الفضة) ؛ لأنها لا ينتفع بها ، (وتصرف) – أي : ثمنها – (في وقف مثله) . قال الإمام احمد ، فيمن وصى بفرس وسرج ولجام مفضض يوقف في سبيل الله : فهو على ما وقف ووصي ، وإن بيعت الفضة من السرج واللجام ، وجعل ثمن ذلك في وقف مثله،

فهو أحب إلي؛ لأن الفضة لا ينتفع بها، ولعله يشتري بتلك الفضة سرج ولجام، فيكون أنفع للمسلمين . قيل : فتباع الفضة ، وتجعل في نفقته ؟ قال : لا قال في «المغني» : فأباح أن يشترى بفضة السرج واللجام سرجاً ولجاماً ؛ لأنها صرف في جنس ما كانت عليه حين لم ينتفع بها فيه، فأشبه الفرس الحبيس اذا عطب فلم ينتفع به في الجهاد ، جاز بيعه وصرف ثمنه في مثله ، ولم يجز انفاقها على الفرس؛ لأنه صرف لها الى غير جهتها . انتهى .

و (لا) تصرف (في نفقته) ــ أي : الفرس ــ (خلافاً له) ــ أي : لصاحب «الإقناع» فإنه قال : فيباع ذلك ، وينفق عليه. انتهى .

(ويتجه وكذا) ؛ أي : مثل ما تقدم ، (وقف دار بقناديل نقد) من ذهب أو فضة على جهة بر؛ فإنها تباع القناديل ، ويشترى بثمنها داراً أو حانوتاً يكون وقفاً ، وتصرف غلة ذلك الى الجهة التي عينها الواقف ، ما لم تكن الدار محتاجة لعمارة أو إصلاح ولم يكن في الوقف ما يصرف منه ؛ فتباع ، ويصرف ثمنها في ذلك ، لدعاء الحاجة اليه ، ولجواز بيع بعض الوقف لإصلاح باقيه عند الاحتياج اليه ، فهذا أولى وهو متجه [1].

الشرط (الثالث كونه) ــ أي : الوقف ــ (على بر) ، وهو اسم جامع

(١) أقول : قال الجراعي : وكذا يتجه لو وقف بسطا من حرير لفرش مسجد ، فتباع ببسط مباحة الإستعمال ، وتفرش مكانها . انتهى . ولم أر من صرح بالاتجاه ، وهو قياس ظاهر يقتضيه تعليلهم ، فتأمله . لكن قول الجراعي : وكذا الخ غير ظاهر ؛ لأنه ليس هنا تبعية حتى يدخل فيها ، وإنما هو كما لو وقف قنديل نقد على مسجد ونحوه ، فلا يصح إلا على قول من قال يصح وقف القنديل ، وأنه يكسر ويصرف في مصالحه . اختاره الموفق واستصوبه في « الانصاف » فعلى هــذا يجري ما قرره الجراعي ، وقال في « الانصاف » قال الشيخ تقي الدين : لو وقف قنديل نقد للنبي صلى الله تعالى عليه وسلم صرف لجيرانه صلى الله تعالى عليه وسلم قيمته، وقال في موضع آخر النذر للقبور هو للمصالح مالم يعلم ربه . انتهى .

للخير ، وأصله الطاعة لله تعالى ، واشتراط معنى القربة في الصرف الى الموقوف عليه ؛ لأن الوقف قربة وصدقة ، فلا بد من وجودها فيما لأجله الوقف ، سواء كان الوقف من مسلم أو ذمي ؛ لأن ما لا يصح من المسلم الوقف عليه؛ لا يصح من الذمي ، كالوقف على غير معين. قال أحمد ، في نصارى وقفوا على البيعة ، وماتوا ولهم أبناء نصارى[1] ، فأسلموا والضياع بيد النصارى : فلهم أخذها ، وللمسلمين عونهم حتى يستخرجوها من أيديهم ، لا يقال : ما عقده أهل الكتاب وتقابضوه ، ثم أسلموا وترافعوا الينا ؛ لا ينقض ؛ لأن الوقف ليس بعقد معاوضة ، وإنما هو إزالة ملك عن الموقوف على وجه القربة ، فإذا لم يقع صحيحاً لم يزل الملك ؛ فيبقى بحاله ، كالعتق .

والقربة قد تكون على الآدمي؛ كالفقراء (والمساكين) والغزاة والمتعلمين ، وقد تكون على غير آدمي ؛ كالحج ، والغزو ، والسقاية التي يتخذ فيها الشراب في المواسم ، وغيرها ، وإصلاح الطرق (والمساجد والقناطر والمقابر) والمدارس والبيمارستانات ، وإن كانت منافعها تعود على الآدمي ، فيتصرف في مصالحها عند الإطلاق .

ومن النوع الأول (الأقارب) ؛ فيصح الوقف على القريب ، لأنه شرع لتحصيل الثواب ، فإذا لم يكن على بر ؛ لم يحصل مقصوده الذي شرع لأجله .

ويصح على كل ما فيه قربة ؛ كالربط والخانات لأبناء السبيل ، (وكتب العلم) النافع كالحديث والتفسير والفقه والعربية ؛ (فلا يصح) الوقف (على) تعليم شعر (مباح) ، (و) لا على (مكروه) ؛ كتعليم منطق ؛ لانتفاء القربة . (و) لا على (معصية) ، وتأتي أمثلته ؛ لما فيه من المعونة عليها .

و (يصح) الوقف (من مسلم على ذمي) معين ؛ لما روي: « أن صفية بنت حيي زوج النبي صلى الله عليه وسلم وقفت على أخ لها يهودي » ولأنه موضع للقربة ؛ لجواز الصدقة عليه . (ولو) كان الذمي الموقوف عليه (أجنبياً) من الواقف ، لأنه تجوز صلته . وفي « الانتصار » : لو نذر الصدقة على ذمية

لزمـــه ، (كعكسه) ؛ أي : كما يصح من ذمي على مسلم معـــين ، أو طائفــة كالفقراء والمساكين. (ويستمر) الوقف له (اذا أسلم) بطريق الاولى ؛ كمع عـدم هذا الشرط . (ويلغو شرطه) ؛ أي : شرط الواقف استحقاقه ، (مادام كذلك) - أي : ذمياً - لئلا يخرج الوقف عن كونه قربة (وكذا)؛ أي : مثـــل ذلك ، ما لو وقف على زيد (مادام زيد غنياً ، أو) على فلانة ما دامت (متزوجة) .

و(لا) يصح الوقف (على كنائس) - جمع كنيسة - متعبد اليهود والنصارى أو الكفار . قاله في القاموس . (أو) على (بيوت نار ، أو على بيع) - جمع بيعة - بكسر الباء الموحدة . متعبد النصارى ، ونحوهـــا كديور وصوامع رهبان ، ومصالحهـا كقناديلها وفرشها ووقودها وسدنتها ؛ لأنـــه معونة عـلى معصية :

(ولو) كان الوقف على ما ذكر (من ذمي)؛ فلا يصح ؛ لما تقدم من أن ما لا يصح من المسلم لا يصح من الذمي قال في أحكام أهل الذمة : وللامام أن يستولي على كل وقف وقف على كنيسة ، أو بيت نار ، أو بيعة ، ويجعلها على جهة قربات. انتهى. والمراد اذا لم يعلم ورثة واقفها ، وإلا فللورثة أخذها، بخلاف الوقف على ذمي معين ؛ لأنه لا يتعين كون الوقف عليه لأجل دينه ؛ لاحتمال كونه لفقره أو قرابته ، والمسلم والذمي فيه سواء .

ولا يصح الوقف على من يعمرها أيضاً ؛ لأنه يراد لتعظيمها ، (بل) يصح الوقف (على المار بها من مسلم وذمي) ؛ لجواز الصدقة على المجتازين ، وصلاحيتهم للقربة . و(لا) يصح الوقف على (ذمي فقط) . قدمه في «الفروع». قال في شرح «المنتهى» : إنه المـــذهب . قال الحارثي : إن خص أهل الذمة ، فوقف على المارة منهم ؛ لم يصح . (خلافاً له) - أي : لصاحب « الاقناع» - فإنه قال : بل على من ينزلها من مار ومجتاز فقط ، ولو كان من أهل الذمة فقط .

(أو)؛ أي: ولا يصح الوقف على (جنس) - أي : طائفة - (الأغنياء ، أو الفساق) ،أو قطاع الطريق، أو المغاني ، (أو أهل الذمة)، (ولو) خص (الفقراء)، من الفساق وما عطف عليه ؛ لم يصح ؛ لأنه إعانة على المعصية .

(ولا) يصح الوقف (على كُتب) - أي : كتابة - (نحو التوراة) . كالانجيل ، أو شيء منها ؛ لأنه معصية ، ولو كان الوقف من ذمي ؛ لوقوع التبديل والتحريف . وقد روي من غير وجه « أن النبي صلى الله عليه وسلم غضب لما رأى مع عمر صحيفة فيها شيء من التوراة وقال : أفي شك أنت يا ابن الخطاب ؟ ! ألم آت بها بيضاء نقية ؟ ؛ لو كان أخي موسى حياً ما وسعه إلا اتباعي .

(و) كذا (كتب بدع) ، قال في شرح «المنتهى»: ويلحق بذلك كتب الخوارج والقدرية ونحوهما .

(أو) ؛ أي : ولا يصح الوقف (على حربي أو على مرتد) ؛ لأن ملكه تجوز إزالته ، والوقف يجب أن يكون لازماً ، ولأن إتلاف أنفسهما والتضييق عليهما واجب ؛ فلا يجوز فعل ما يكون سبباً لبقائهما والتوسعة عليهما .

(أو)؛أي: ولا يصح (وقف ستور) - وإن لم تكن حريراً - (لغير الكعبة) ؛ كوقفها على الأضرحة ؛ لأنه ليس بقربة .

(ولا) يصح عند الأكثر أن يقف الإنسان ماله (على نفسه) . قال في «الانصاف» : وهو المذهب ، وعليه أكثر الأصحاب ، وهو ظاهر كلام الخرقي. وقال في « الفصول » : هذه الرواية أصح. قال الشارح : هذا أقيس . قال في «الرعايتين» : ولا يصح على نفسه على الأصح . قال الحارثي : وهذا أصح عند أبي الخطاب ، وابن عقيل ، والموفق ، وقطع به ابن أبي موسى في «الارشاد»، وأبو الفرج الشيرازي في «المبهج» ، وصاحب «الوجيز» ، وغيرهم . ووجهه أن

الوقف تمليك إما للرقبة أو المنفعة ، وكلاهما لا يصح هنا ؛ اذ لا يجوز له أن يملك نفسه من نفسه ؛ كبيعه ماله من نفسه (خلافاً لجمع) منهم صاحب المذهب، ومسبوك الذهب ، ومن سنذكره . فإن وقف على نفسه ثم على من يصح الوقف عليه كولده ؛ لم يصح ، (وينصرف) الوقف (لمن بعده في الحال ان كان) . فمن وقف على نفسه ، ثم أولاده أو الفقراء ؛ صرف في الحال إلى أولاده أو الفقراء ؛ لأن وجود من لا يصح الوقف عليه ؛ كعدمه ، فيكون كمن وقف على من بعده ابتداء، فإن لم يذكر غير نفسه؛ فملكه بحاله ، ويورث عنه، والرواية الثانية : يصح الوقف على النفس . نص عليه في رواية إسحق بن ابراهيم، ويوسف ابن موسى ، والفضل بن زياد . قال في « المذهب » و « مسبوك الذهب »؛ صح في ظاهر المذهب . قال الحارثي : هذا هو الصحيح . قال أبو المعالي في «النهاية» و « الخلاصة » : يصح على الأصح . قال الناظم : يجوز على المنصور من نص أحمد. وصححه في « التصحيح » و « إدراك الغاية » . قال في « الفائق » وهو المختار . واختاره الشيخ تقي الدين ، ومال اليه صاحب «التلخيص»، وجزم به في «المنور» و « منتخب الآدمي » وقدمه في « الهداية » و « المستوعب » و « الهادي » و « الفائق » وغيرهم . وقدمه المجد في مسودته على الهداية ، وقال : نص عليه. قال الموفق ، والشارح ، وصاحب الفروع ، واختاره ابن أبي موسى . وقال ابن عقيل : هي أصح . قال في« الإنصاف » . قلت : وهذه الرواية عليها العمل في زمننا ، وقبله عند حكامنا من أزمنة متطاولة ، وهو الصواب ، وفيه مصلحة عظيمة ، وترغيب في فعل الخير ، وهو من محاسن المذهب . قال في «الفروع» : ومتى حكم به حاكم حيث يجوز له الحكم ؛ فظاهر كلامهم ينفذ حكمه ظاهراً . قال في « شرح المنتهى » ويؤخذ منه جواز القضاء بالمرجوح من الخلاف . انتهى .

(ويصح وقف قنه على خدمة الكعبة) صانها الله تعالى ، (وعلى حجرته)

ـ أي : النبي صلى الله عليه وسلم ـ (لإخراج ترابها ، وإشعال قناديلها وإصلاحها) ؛ لأن فيه قربة في الجملة، و(لا) يصح وقف القن (لإشعالها وحده ، وتعليق ستورها) الحرير ، وكنس الحائط ، ونحو ذلك. ذكره في «الرعاية» ، لأن ذلك غير مشروع . قال في « الاختيارات » : وينبغي أن يشترط في الواقف أن يكون ممن يمكن من تلك القربة ، فلو أراد الكافر أن يقف مسجداً منع منه .

(ولا) يصح الوقف (على تنوير قبر ، ولا على تبخيره ، ولا على من يقيم عنده أو يخدمه أو يزوره، قاله في «الرعاية») لأن ذلك ليس من البر ، لكن في منع الوقف على من يزوره نظر ؛ فإن زيارة القبور للرجال سنة ، إلا أن يحمل على زيارة فيها سفر .

(ولا) يصح الوقف أيضاً على بناء مسجد على القبر ، ولا (وقف بيت فيه قبور مسجداً) ؛ لقول ابن عباس رضي الله عنه : « لعن رسول الله صلى الله عليه وسلم زائرات القبور ، والمتخذات عليها المساجد والسرج » . أخرجه أبو داود ، والنسائي ، والترمذي .

(ومن وقف) شيئاً (على غيره) ؛ كأولاده أو مسجد ،(واستثنى غلته) كلها لنفسه ، (أو) استثنى (سكناه ، أو) استثنى(بعضها له) ـ أي : الواقف ـ مدة حياته ، أو مدة معينة؛ صح.(أو) استثنى غلته أو بعضها (لولده) ـ أي : الواقف ـ أو غيره ،صح.(أو)استثنى (الأكل) مما وقفه ، أو النفقة عليه وعلى عياله،(أو) استثنى (الانتفاع) لنفسه أو لأهله ، ولو كان الانتفاع بسكنى مدة حياتهم،(أو)اشترط أنه (يطعم صديقه) منه (مدة حياته ، أو مدة معينة ؛صح) الوقف والشرط على ما قال ، سواء قدر ما يأكله أو عياله أو صديقه ونحوه ، أو أطلقه . قال الأثرم : قيل لأبي عبد الله : اشترط في الوقف اني أقف على نفسي وأهلي ، قال : نعم . واحتج بما روى عن حجر المدري أنه في صدقة

رسول الله صلى الله عليه وسلم أن يأكل أهله منها بالمعروف غير المنكر». ويدل له أيضاً قول عمر لما وقف : لا جناح على من وليها أن يأكل منهـا ، أو يطعم صديقاً ، غير متمول فيه . وكان الوقف في يده الى أن مات ، ولأنه اذا وقف وقفاً عاماً ؛ كالمساجد ، والسقايات والرباطـــات ، والمقابر ؛ كان له الانتفاع بذلك ، وكذلك هنا .

(فلو مات) من استثنى نفع ما وقف مدة معينة ، (في اثنائهـا) – أي : المدة المعينة لنحو السكنى – فالباقي منهـا (لورثته) ؛ كما لو باع داراً واستثنى سكناها سنة ، ثم مات فيها . قال في شرح «الإقناع» : قلت : فيؤخـــذ منه صحة إجارة كل ما ملك منفعته ، وإن لم يشرطها الواقف له . (ولهم) – أي : ورثته – (إجارتها للموقوف عليه ولغيره) ؛ كالمستثنى في البيـع . ومنه يؤخـذ صحة إجارة ما شرط سكناه لنحو بنته ، أو أجنبي ، أو خطيب ، أو إمام . قاله البهوتي .

(ويتجـه فلو لم يكن) لمن مات وقد بقي له بعض المدة (ورثة ف) الباقي من المدة التي مات عنها (لبيت المال) ؛ كباقي تركته ، و(لا) يعطى (للموقوف عليه) ؛ لأنه لا يستحق شيئاً إلا بعد فراغ جميع المدة التي عينها الواقف . وهو متجه[1] .

(ومن وقف) شيئاً (على الفقراء فافتقر) ؛ شمله الوقف ، و (تناول) الواقف منه ؛ لوجود الوصف الذي هو الفقر فيه .

(ولو وقف) انسان (مسجداً أو مقبرة أو بئراً ، أو مدرسة) لعموم (الفقهاء أو بعضهم) ؛ أي : نوع من الفقهـــاء كالحنابلة والشافعية ، (أو) وقف (رباطاً) أو غيره (للصوفية) أو نحوهم ، (ممـا يعم ؛ فهو) – أي : الواقف –

---

(١) أقول : ذكره الجراعي ، وأقره ، ولم أر من صرح به ، وهو ظاهر ؛ لأنها تنتقل الى الورثة ملكا طلقا كما قاله الخلوتي ، فحيث كان كذلك ، فاذا لم يكن ورثة فلبيت المال ؛ كما لو كان له أملاك غيرها ، وهو موافق للقواعد ، ومراد لغيره . انتهى .

(كغيره) في الاستحقاق والانتفاع بما وقفه ؛ لقول عثمان : « هل تعلمون أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قدم المدينة ، وليس بهـا ما يستعذب غير بئر رومة ، فقال : من يشتري بئر رومة؟ فيجعل فيها دلوه مع دلاء المسلمين ، بخير له منها في الجنة ، فاشتريتها من صلب مالي ، فجعلت فيها دلوي مع دلاء المسلمين. قالوا : اللهم نعم » (والصوفية : هم المشتغلون بالعبادات في غالب الأوقات المعرضون عن الدنيا) ، المتبتلون للعبادة وتصفية النفس من الأخلاق المذمومة. (فمن كان منهم) - أي : الصوفية - (جماعاً للمال، ولم يتخلق بالأخلاق المحمودة، ولا تأدب بالآداب الشرعية) غالباً ، لا آداب وضعية ، إذ لا أثر لما وضعوه من الآداب الغير المطلوبة في الشرع ، أو كان فاسقاً ؛ (لم يستحق شيئاً) من الوقف على الصوفية. قاله الشيخ تقي الدين ؛ لعدم دخوله فيهم. وقال: الصوفي الذي يدخل في الوقف على الصوفية يعتبر له ثلاثة شروط :

الأول : أن يكون عدلاً في دينه .

الثاني : أن يكون ملازماً لغالب الآداب الشرعية ، في غالب الأوقات، وإن لم تكن واجبة ؛ كآداب الأكل والشرب واللباس والنوم والسفر والصحبة والمعاملة مع الخلق، الى غير ذلك من آداب الشريعة، قولاً وفعلاً ، (ولا يلتفت لما أحدثه) بعض (المتصوفة) من الآداب التي لا أصل لها في الدين ، (من التزام شكل مخصوص) في اللبسة ونحوهـا ؛ (كلباس خرقة متعارفة عندهم من يد شيخ) ، وغير ذلك مما لا يستحب في الشريعة ؛ إذ لا دليل على اشتراطه في الشرع . (بل ما وافق الكتاب والسنة) فهو حق يصار اليه ، وما لا يكون كذلك فهو (باطل) لا يعول اليه ، فلا يلتفت الى اشتراطه ، وإن كان مائة شرط ، قضاء الله أحق ، وشرط الله أوثق .

الثالث : أن يكون قانعاً بالكفاية من الرزق ، بحيث لا يمسك ما يفضل عن حاجته . هذا ملخص ما ذكره في كتاب الوقف من الفتاوى المصرية .

الشرط (الرابع) من شروط الوقف (كونه على معين)، من جهة كمسجد كذا، أو شخص كزيد، (غير نفسه) على المذهب، (يملك ملكاً ثابتاً)؛ لأن الوقف يقتضي تحبيس الأصل تحبيساً لا تجوز إزالته، والوقف على المساجد ونحوها، وقف على المسلمين، الا أنه غير معين في نفع خاص لهم. (فلا يصح) الوقف (على مكاتب)، ومعلق عتقه بصفة؛ لأن الوقف تمليك، فلا يصح على من لا يملك، والمكاتب ملكه غير مستقر. وأما الوقف على المكاتبين فيصح؛ لأنهم جهة يراد معناه صرفه على جهة المكاتبين، فمن كان مكاتباً استحق قضاء كتابته، ونحو ذلك. قاله ابن نصر الله.

(أو مجهول؛ كرجل) لصدقه بكل رجل، (ومسجد)؛ لصدقه بكل مسجد.

أو على (مبهم؛ كأحد هذين) الرجلين، أو المسجدين، ونحوهما؛ لتردده؛ كبعتك أحد هذين العبدين.

(أو)؛أي: ولا يصح الوقف على (من لا يملك: كقن وأم ولد، ومدبر، وميت، وجن، وملك) ـ بفتح اللام ـ أحد الملائكة، ولا على بهيمة، لأنها لا تملك، (و) لا على (حمل أصالة)؛ كوقف داره (على حمل هذه المرأة)؛ لأنها تمليك إذن، والحمل لا يصح تمليكه بغير الإرث والوصية.

(أو)؛أي: ولا يصح الوقف على المعدوم؛ كعلى (من سيولد لي، أو) على من سيولد (لفلان)؛ فلا يصح أصالة، (بل) يصح الوقف على الحمل، وعلى من سيولد، (تبعاً) لمن يصح الوقف عليه؛ كقول واقف: وقفت كذا (على أولادي ومن سيولد لي من فلان)، أو لفلان بلا نزاع.

(ويتجه أنه إن وقف) واقف شيئاً (على شخص؛ اشترط تعيينه)؛ لما تقدم من أن الوقف لا يصح على مبهم. وإن كان الوقف (على جهة، فلا) يشترط تعيين أشخاصها، (بل يشترط تعيين الجهة فقط)، كقوله: وقفت كذا

(على من يقرأ) سورة كذا، أو جزءاً من القرآن العظيم، في موضع كذا، أو يطلق، أو على من (يدرس) الحديث أو التفسير أو الفقه، أو غيره من العلوم المباحة، في موضع كذا، أو يطلق، أو على (من يؤذن أو يقيم) الصلاة في مسجد كذا أو مدرسة كذا، (أو) على من (يومي الريحان على القبر) الفلاني، أو على مطلق قبور المسلمين؛ فيصح الوقف في ذلك كله، ويلزم بمجرد التعيين، لصدوره من أهله في محله. واذا عين الواقف لوقفه ناظراً؛ فإنه (يقرر) ذلك (الناظر) في الجهات المذكورة، (الصالح) لمباشرة ما عينه الواقف، وهو المتأهل (لذلك) العمل فلو أقر الناظر غير صالح للقيام بشرط الواقف؛ فلا ينفذ تقريره. وهو اتجاه حسن [1].

(و) ان قال انسان: وقفت كذا (على أولاد فلان، وفيهم) — أي: أولاد فلان (حمل) فيشمله الوقف، كمن يخلق من أولاد الأولاد تبعاً؛ (فيستحق) الحمل بمجرد (وضع. وكل حمل من أهل وقف). قال في «الإنصاف»: يتجدد حق الحمل بوضعه (من ثمر وزرع ما يستحقه مشتر لشجر وأرض، من ثمر وزرع) نصاً. قال في «القواعد»: سئل احمد. عمن وقف نخلاً على ولد قوم، ثم ولد مولود، قال: إن كان النخل قد أبر فليس له في ذلك شيء، وهو ملك الأول، وإن لم يكن أبر؛ فهو معهم. وكذلك الزرع اذا بلغ الحصاد؛ فليس له شيء، وان لم يبلغ الحصاد؛ فله فيه. وفي «المغني»: ما كان من الزرع لا يتبع الارض في البيع فلا حق فيه للمتجدد، لأنه كالثمر المؤبر، وما يتبع، وهو لم يظهر مما يتكرر حمله؛ فيستحق فيه المتجدد في الثمر. انتهى.

وتقدم في بيع الأصول والثمار، لا يدخل في بيع نحو أرض ما فيها من

---

(١) أقول: قال الجراعي بعد قول المصنف: الناظر؛ أي: ناظر الوقف إن أطلق الواقف في وقفه، أو شرط التوجيه له، وأما لو عينه لغيره تعين؛ كما لو جعله لحاكم الشرع ونحوه انتهى. وهو ظاهر وصريح في كلامهم. انتهى.

زرع لا يحصد إلا مرة ؛ كبر وشعير وقطنيات ونحوها ، ويبقى لبائع الى أول وقته بلا أجرة ، ما لم يشترطه مشتر ، وإن كان يجز مرة بعد أخرى ؛ كرطبة أو بقول، أو تتكرر ثمرته كقثاء وباذنجان ؛ فأصوله لمشتر ، وجزة ظاهرة ولقطة أولى لبائع. انتهى. هذا اذا وجد حالة الوقف ، وأما إن كان البذر من مال الموقوف عليهم ؛ فهو لهم ، فلا يستحق الحمل بوضعه منه شيئاً ، وإنما يستحق قدر نصيبه من المنفعة ، وإن كان من مال الوقف ؛ فالظاهر أنه كذلك .

(وكذا)؛أي: وكالحمل في تجدد الاستحقاق،(من)أي إنسان(قدم الى) مكان (موقوف عليه) كثغر نزل(فيه)— أي : ذلك المكان ، (أو خرج منه الى مثله)؛ فيستحق من ثمر وزرع ما يستحقه مشتر ؛ لما تقدم ، قياساً للاستحقاق على عقد البيع (إلا أن يشترط لكل زمن معين ؛ فيكون له بقسطه) . وقياسه من نزل في مدرسة ونحوه. وقال ابن عبد القوي : ولقائل أن يقول : ليس كذلك؛ لأن واقف المدرسة ونحوها جعل ريع الوقف في السنة ، كالجعل على اشتغال من هو في المدرسة عاماً ، فينبغي أن يستحق بقدر عمله من السنة من ريع الوقف في السنة ؛ لئلا يفضي الى أن يحضر الإنسان شهراً فيأخذ جميع الوقف ، ويحضر غيره باقي السنة بعد ظهور الثمرة ، فلا يستحق شيئاً ، وهذا يأباه مقتضى الوقوف ، ومقاصدها . انتهى . وكذا قال الشيخ تقي الدين : يستحق بحصة من مغله ، ومن جعله كالولد فقد أخطأ ، وللورثة من المغل ما باشر مورثهم . انتهى .

واعلم أنه اذا كان استحقاق الموقوف عليه بصفة محضة ؛ مثل كونه فقيهاً أو فقيراً ؛ فحكمه حكم الحمل. وأما اذا كان استحقاقه الوقف عوضاً عن عمل ، أو كان استغلال الارض لجهة الوقف؛فإنه يستحق كل من اتصف بصفة الاستحقاق

في ذلك العام منه،حتى من مات في أثنائه استحق بقسطه،وإن لم يكن الزرع قد وجد. وبنحو ذلك أفتى الشيخ تقي الدين .

وشجر الحور الموقوف إن أدرك أو إن قطعه في حياة البطن ؛ فهو له ، وإن مات البطن الأول ، وبقي الحور في الارض مدة ، حتى زاد كانت الزيادة حادثة من منفعة الارض التي للبطن الثاني ، ومن الأصل الذي لورثة الأول ، فإما أن تقسم الزيادة على قدر القيمتين ، وإما أن يعطي الورثة أجرة الارض للبطن الثاني. والأول قياس ما تقدم في بيع الأصول والثمار. وإن غرس الحور البطن الأول من مال الوقف ، ولم يدرك أوان قطعه ، إلا بعد انتقاله الى البطن الثاني ؛ فهو لهم ، وليس لورثة الأول فيه شيء ؛ لأنه يتبع أصله في البيع ، فيتبعه في انتقال الاستحقاق ، كما تقدم في الثمر غير المتشقق . قاله الشيخ تقي الدين

الشرط (الخامس) من شروط الوقف ، (أن يقف ناجزاً) ، غير معلق ولا موقت ولا مشروط بنحو خيار ؛ (فلا يصح تعليقه) - أي : الوقف - على شرط في الحياة ، سواء كان التعليق في ابتدائه ؛ كقوله : اذا قدم زيد،أو ولد لي ولد ، أو جاء رمضان ، فداري وقف على كذا، أو كان التعليق لانتهائه؛ كقوله : داري وقف على كذا الى أن يحضر زيد ، أو يولد لي ولد ونحوه ؛لأنه نقل للملك فيما لم يبن على التغليب والسراية ؛ فلم يجز تعليقه بشرط في الحياة ؛ كالهبة. (إلا) أن علق واقف الوقف (بموته) ؛ كقوله : (هو وقف بعد موتي) ؛ فإنه يصح على المذهب . (وهو) ؛أي : التعليق بهذه الصيغة (تبرع مشروط به) - أي : الموت - فصح ؛ كما لو قال : قفوا داري على جهة كذا بعد موتي . واحتج أحمد بأن عمر وصى ، فكان في وصيته : هذا ما أوصى به عبد الله عمر أمير المؤمنين،إن حدث به حدث الموت،أن ثمغاً[1] صدقة. وذكر بقية الخبر.

---

(١) ثمغ : مال بالمدينة لعمر رضي الله عنه وقفه .

رواه ابو داود بنحو من هذا. ووقفه، هذا كان بأمر النبي صلى الله عليه وسلم، واشتهر في الصحابة، ولم ينكر، فكان إجماعاً.

ويفارق التعليق بشرط في الحياة؛ لأن هذا وصية، وهي أوسع من التصرف في الحياة؛ بدليل جوازها بالمجهول والمعدوم. قال في القاموس: وثمغ - بالفتح - مال بالمدينة لعمر وقفه.

(ويلزم) الوقف المعلق بالموت (من حين وقفه)؛ أي: من حين صدوره منه؛ إذ من أحكام الوقف لزومه في الحال، أخرجه مخرج الوصية، أم لم يخرجه. وعند ذلك ينقطع تصرف فيه بالبيع ونحوه. قال أحمد، في رواية الميموني، في الفرق بينه وبين المدبر: إن المدبر ليس لأحد فيه شيء، وهو ملك الساعة، وهذا متى وقفه على قوم مساكين فكيف يحدث به شيئاً. قال الحارثي: والفرق عسر جداً.

وإن كان الموقوف نحو أمة؛ ففي القواعد صارت كالمستولدة، فينبغي أن يتبعها ولدها. انتهى.

وأما الكسب ونحوه؛ فالظاهر أنه للواقف وورثته الى الموت؛ لقول الميموني: للامام والوقوف إنما هو شيء وقفه بعده، وهو ملك الساعة.

(ويتجه) أن الوقف المعلق بالموت يكون لازماً من حين العقد، (لزوماً مراعى بالموت) - أي: موت الواقف - لأنه كالوصية، فما دام الواقف حياً يتصرف في غلته وكسبه، ومتى مات انتقل الى الجهة التي عينه لها. وهو متجه [1].

(فيعتبر) الوقف المعلق بالموت (من ثلثه)؛ أي: ثلث مال الواقف؛

---

(١) أقول: ذكره الجراعي، وأقره، وهو ظاهر من قولهم، فيعتبر من ثلثه، فعلم أن لزومه مراعى، وسيأتي في الوصايا الكلام على ذلك، وقول شيخنا: لأنه الخ ظاهر وصريح في كلامهم، لكن ليس مراداً للمصنف هنا، فتأمله. انتهى.

لأنه حكم الوصية ، فإن خرج من الثلث ؛ لم يكن لأحد من الورثة ولا غيرهم رد شيء منه ، وما زاد على الثلث ؛ فإنـه يلزم الواقف منه في قدر الثلث ، والزائد موقوف على إجازة وارث. قال في « المغني » : لا نعلم في هـذا خلافا عند القائلين بلزوم الوقف . قال الحـارثي : واذا قال داري وقف على موالي بعد موتي ؛ دخل أمهات أولاده ، ومدبروه ، لأنهـم من مواليه حقيقة إذن .

الشرط (السادس) من شروط الوقف،(أن لا يشترط) الواقف (فيه) ـ أي :الوقف (ما)؛أي:شرطاً ـ (ينافيه)من الشروط الفاسدة؛ (كشرط نحو بيعه)أو هبته(متى شاء)، (أو) شرط (خيار فيه) ؛ بأن قال:وقفته بشرط الخيار أبداً أو مدةمعينة،(أو)شرط (توقيته)؛ كقوله : هو وقف يوماً أو سنة ونحوه، (أو) بشرط(تحويله) ـ أي : الوقف ـ (من جهة لأخرى) ؛ كقوله : وقفت داري على جهة كذا ، على أن أحولها عنها أو عن الوقفية ؛ بأن أرجع عنهامتى شئت . فإن شرط شيئاً من ذلك ؛ بطل الشرط والوقف عـلى الصحيح من المذهب . نص عليه ، وقدمـه في « الفروع » وشرح الحـارثي و « الفائق » و « الرعايتين » و « الحـاوي الصغير » . قال في « المغني » : لا نعلم فيـه خلافاً ؛ لمنافاته .

وكذلك لو شرط الواقف تغيير شرطه . ومتى شاء أبطله ؛ لم يصح الوقف ؛ لأنه شرط ينافي مقتضى الوقف . (لكن إن وقف على ولده) ؛ بأن قال : هذا وقف على ولدي (سنة ونحوها) كشهر، (ثم على المساكين ؛ صح) الوقف والتوقيت. وكذلك إن قال : هذا وقف على ولدي مـدة حياتي ، ثم هو بعد موتي للمساكين ؛ صح ؛ لأنه وقف متصل الابتداء والانتهاء .

(و)إن قال:هو وقف(عليهم) ـ أي:المساكين ـ (ثم عليه) ـ أي: ولده ـ (صح لهم) ـ أي : المساكين ـ (دونه) ـ أي : دون ولده ـ ؛ لأن المساكين

لا انقراض لهم . قال في «المغني» : (ولا تأثير لشرط بيعه) ـ أي : الموقوف ـ (اذا خرب ، وصرف ثمنه بمثله) . فلو شرط الواقف ذلك ، أو شرطه للناظر بعده ، فسد الشرط فقط ، وصح الوقف ، كما في الشروط الفاسدة في البيع . ذكره الحارثي ، واستصوبه صاحب « الانصاف » . قال في « الفروع » : وشرط بيعه اذا خرب فاسد في المنصوص ، نقله حرب ، وعلل بأنه ضرورة ومنفعة لهم .

فصل

(ولا يشترط) لصحة الوقف (ذكر الجهة) التي يصرف الوقف اليها ، على الصحيح من المذهب . (خلافاً له) ـ أي : لصاحب «الإقناع» ـ حيث قال : فإن قال : وقفت كذا وسكت ، ولم يذكر مصرفه ؛ فالأظهر بطلانه ؛ لأن الوقف يقتضي التمليك . انتهى . وقال في « الانصاف » : الوقف عند الأصحاب صحيح ، وقطعوا به . وقال في «الروضة» : على الصحيح عندنا .

ولو قال إنسان : (وقفت كذا) ، وسكت ؛ (صح) الوقف ، وصرف ريعه (لورثته) ـ أي : الواقف ـ (نسباً) لا ولاء ولا نكاحاً ، ويأتي .

(ولا) يشترط (للزومه) ـ أي : الوقف ـ (اخراجه) ـ أي : الموقوف ـ (عن يده) ـ أي : الواقف ـ نصاً ، وهو المذهب ، وعليه الجمهور . قال الموفق وغيره : هذا ظاهر المذهب ، واختاره القاضي وأصحابه ، وجزم به في «الخلاصة» قال في «التلخيص» : هو الأشبه ، واختاره أكثر الأصحاب والمصنف ، وعندهم في الخلاف . قال الزركشي : هو المشهور والمختار والمحرر من الروايتين ؛ لحديث عمر : « روي أن وقفه كان بيده الى أن مات .

(فيلزم) الوقف (بمجرده ؛ كعتق) . ويزول ملكه عنه ؛ لأن الوقف تبرع يمنع البيع والهبة ، فلزم بمجرد اللفظ ؛ كالعتق ، والهبة تمليك مطلق ،

والوقف تحبيس الأصل وتسبيل المنفعة ، فهو بالعتق أشبه ، فإلحاقه به أولى . وعلم منه أن إخراجه عن يده ليس شرطاً بطريق الاولى ، وعلى القول بالاشتراط لو شرط نظره لنفسه؛ سلمه لغيره ، ثم ارتجعه منه . قال في «الفروع»:

(ولا) يشترط (فيما) وقف (على) شخص (معين قبوله) للوقف ؛ لأنه إزالة ملك يمنع البيع والهبة والميراث ، فلم يعتبر فيه القبول ؛ أشبه العتق . والفرق بين الوقف والهبة والوصية أن الوقف لا يختص المعين ، بل يتعلق به حق من يأتي من البطون في المستقبل ، فيكون الوقف على جميعهم ، إلا أنه مرتب ، فصار بمنزلة الوقف على الفقراء ؛ لا يبطل برد واحد منهم ، ولا يقف على قبوله ، بخلاف الهبة والوصية لمعين . وإذا كان الوقف على غير معين ؛ كالمساكين والفقراء والعلماء ، أو كان الوقف على من لا يتصور منه القبول كالمساجد والقناطر ؛ لم يفتقر الى القبول من ناظرها ولا من غيره كنائب الإمام ؛ لأنه لو اشترط لامتنع صحة الوقف عليها .

(ولا يبطل) الوقف على معين (برده) للوقف ، فقبوله له ورده وعدمهما سواء في الحكم .

(ويتعين مصرف الوقف إلى الجهة المعينة) من قبل الواقف له نصاً ، نقله الجماعة ، وقطع به أكثر الأصحاب ؛ لأن تعيين الواقف لها صرف عما سواها . (فلو سبل ماء للشرب ؛ لم يجز الوضوء به) ولا الغسل ونحوه . وكذا لو سبل ماء للوضوء ؛ لم يجز الشرب منه ؛ لأنه لو لم يجب اتباع تعيينه لم يكن له فائدة.

(ويتجه ولا يصح) الوضوء ونحوه به ؛ (لأنه غير مباح) ، أشبه الماء المغصوب وهو متجه [1] .

---

(١) أقول: ماقرره شيخنا على مسألة البرك الجارية في المدارس والمساجد ونحوها كالطرقات من أنه يجوز استعمالها والأخذ منها للشرب والغسل وغير ذلك صريح ؛ لأنهم قالوا : الماء الجاري ولو كان مملوكا يجوز الأخذ منه لحاجته ما لم يؤثر مع أن المذكورات موقوفة =

أقول : ينبغي أن يقيد هذا في البلاد القليلة الميـــاه ، التي يجمعون ماء الوضوء في أحواضها بالدلاء والسقايات ، أو يجرون الماء إليها في بعض الأوقات على حسب نوبهم ، فهذه لو استعملت للشرب وازالة النجاسة ، لضاق على الناس أمر طهارتهم ،بل ربما تعطلوا بالكلية وكذلك المصانع الصغار التي على الطرقات،

= لانتفاع المسلمين ، لكن قد ينقطع ماؤها في بعض الايام، فما كان في المساجد والمدارس الظاهر أنه لايجوز لغير أهل تلك المدرسة ونحوها كالرباط أن يأخذ منها لنفسه، بل تستعمل للوضوء ونحو ذلك كالاستنجاء في مراحيض ذلك المحل ؛ لأنها غير جارية ، ولكونها لو أخذت لفرغت في زمن قليل ، وتعطل ذلك المحل من العبادة والنفع ؛ إذ الموقوف مجعول للاستعانة على العبادة ولانتفاع أهله به كالمدارس ونحوها ففي حال انقطاعها إذا أخذ يبقى أهله بلا ماء لوضوئهم وغير ذلك كشربهم ونحوه ، بخلاف ما إذا كانت جارية فلا يفرغ الاخذ منها ، وأما الاواني المجعولة للشرب في حائط أو معلقة ويجعل لذلك إناء صغير للأخذ من ذلك ؛ فهذا قرينة للشرب ، ومثله المصانع الصغار التي في الصحاري الموقوفة للشرب ، ومثله الاواني الصغار التي تجعل في المسجد في قبلة المصلين لشربهم وغير ذلك ، سواء كان في الشام أو غيرها فالقرائن تدل على وقف ذلك للشرب ؛ فهذا لايجوز الوضوء به والغسل ونحو ذلك كالأخذ منه لذلك ، وأما مالا يدل على التخصيص كالآبار النابعـــة في أراضي المساجد وبركها الجارية ومثلها المدارس والتكايا والخوانك ؛ فهذه تستعمل لكل حاجة ، ويجوز الأخذ منها لنفسه وعياله لحاجتهم ، ومثل ذلك السبل التي في الطرقات ، وإن كان يجيء اليها في بعض الازمنة وينقطع في بعضها ؛ إذ هي موقوفة للانتفاع مطلقاً ، والعـــادة جارية بذلك ، وملاحظ الواقفين نفع الناس على كل حال ، بخلاف الآبار المجموع فيهـــا الماء من مطر ونحوه ، والسبل التي لا قرينة لها إلا للشرب فقط أو للاستعمال فقط ؛ فهذه لايجوز الاخذ منها إلا لما هي له ، كما قال شيخنا : الماء المجعول في المساجد ونحوها الذي يجمع لأجل ذلك ؛ فهذا لايجوز الاخذ منه للشرب ونحوه إذا كانت قرينة مانعة من ذلك كتصريح الواقف أو عمل النظار والناس بحسب العادة والشهرة على تخصيص ذلك ، ولم يكن الآخذ مضطراً لذلك ، فتأمل ذلك،والاتجاه صرح به الشيخ م ص في شرح «الاقناع» في باب الوضوء . انتهى .

إنما بنيت لارواء ظمأ المارة، فلو استعملت في غير ذلك لنفذت في مدة يسيرة ، وتبقى المارة بقية السنة بلا ماء . وأما في البلاد الكثيرة المياه ، كدمشق الشام وأمثالها من البلاد الكثيرة المياه ؛ فالظاهر أنه لا مانع من استعمال ماء البرك في مدارسها ومساجدها المعدة للوضوء في الشرب وغيره ، وإن كان الواقف لاحظ في بنائها أن تستعمل في الوضوء ، فإنه لو تناول من البركة الواحدة الخلق الكثير في آن واحد ، لا ينقص ماؤها ؛ إذ كلما أخذ منها شيء خلفه أضعافه . وكذلك السبلان التي بنيت في الأزقة للشرب ، المشتملة على شيء من الماء مع جريانه إليها دائماً ، والمصانع الكبار في الصحاري المبني عليها محاريب ؛ يباح استعمال مائها شرباً ووضوءاً إذ وضع واقفيها عليها المحاريب قرينة منهم على إباحة استعمالها لذلك كله . ويؤيد ما ذكرنا قول الشيخ تقي الدين الآتي قريباً : يجوز تغيير شرط الواقف إلى ما هو أصلح منه . ونقل في « الفروع » قولاً : إن سبل ماء للشرب جاز الوضوء منه ، ثم قال : فشرب ماء موقوف للوضوء يتوجه عليه، وأولى انتهى .

(ولا يركب) فرس (حبيس في) حاجة (غير) تأديبه ، وغير (جمال المسلمين ورفعتهم وغيظ عدوهم أو في علفه) ـ أي : الفرس ـ (وسقيه ، ولا يعار أو يؤجر الا لنفعه) . قاله الآجري ، وسئل عن التعليم بسهام الغزو فقال : هو منفعة للمسلمين . (وعنه) ـ أي : الإمام ـ (يجوز اخراج بسط مسجد وحصره لمنتظر جنازة) ، لأنها موقوفة لنفع المسلمين ، وهذا منها .

(ويجوز صرف موقوف على بناء مسجد لبناء منارته) وإصلاحها ، والمذهب لا يجوز (١) . وبناء منبره ، وشراء سلم للسطح ، وبناء ظلة) ؛ لأن

---

(١) أقول : قول شيخنا والمذهب لايجوز إن كان مراده قول المصنف وعنه الخ فالامر ظاهر ، وإن كان مراده قول المصنف ويجوز صرف الخ فهو سبق قلم ؛ إذ صرح به في « الاقناع » ، ولم يحك شارحه خلافاً ، فتنبه له . انتهى .

ذلك من حقوقه ومصالحه .

و(لا) يجوز صرف الموقوف على المسجد (في بناء مرحاض) ، وهو بيت الخلاء وجمعه مراحيض ؛ لمنافاته المسجد ، وإن ارتفق به أهله .

(و)لا يجوز صرفه أيضاً في (زخرفة) بالذهب أو الأصباغ ؛ لأنه منهي عنه، وليس ببناء، بل لو شرط لما صح؛ لأنه ليس قربة ، ولا داخلاً في قسم المباح. (ولا في شراء مجارف ومكانس وقناديل) ، لأنه ليس ببناء ، ولا سبباً له ، فانتفى دخوله في الموقوف عليه .

(قال الحارثي : وان وقف على مسجد أو مصالحه ؛ جاز صرفه في عمارة، وفي نحو مكانس) ، كحصر (وقناديل ، ووقود) بفتح الواو كزيت ، ومجارف ومساحي ، (وزورق إمام ومؤذن وقيم) ؛ لدخول ذلك كله في مصالح المسجد وضعا أو عرفاً . انتهى بالمعنى .

(وفي فتاوى الشيخ) تقي الدين : (إذا وقف على مصالح الحرم وعمارته؛ جاز صرفه لقائم) بالوظائف التي يحتاج اليها المسجد ، من (تنظيف وحفظ وفراش وفتح باب وإغلاقه) ، بمن يجوز الصرف إليهم . (وعند الشيخ) تقي الدين نصاً : (يجوز تغيير شرط واقف لما هو أصلح منه ، فلو وقف على فقهاء أو صوفية ، واحتيج للجهاد صرف للجند) . انتهى .

(و)وقف (منقطع الابتداء) فقط، كوقفه على من لا يجوز الوقف عليه ، كعلى عبده ثم ولده ثم الفقراء ؛ (يصرف في الحال لمن بعده) ،فيصرف لولده في الحال ؛ لما تقدم من أن وجود من لا يصح الوقف عليه كعدمه .

(و)يصرف (منقطع الوسط) كوقفه على زيد ثم عبده ثم على المساكين بعد انقطاع من يجوز الوقف عليه ، (لمن بعده) ؛ أي : بعد ما هو منقطع منه ، فيصرف بعد موت الولد إلى المساكين ؛ لأن الواقف قصد صيرورة الوقف إلى الأوسط والآخر في الجملة ، ولا حالة يمكن انتظارها ؛ فوجب الصرف إليه لئلا

يفوت غرض الواقف ، ولكيلا تبطل فائدة الصحة ، ولأن وجود من لا يصح الوقف عليه كعدمه ، فيكون كأنه وقف على الجهة الصحيحة من غير ذكر الباطلة ، ولأننا لما صححنا الوقف مع ذكر من لا يجوز الوقف عليه ، فقد ألغيناه ، فإنه يتعذر الصحيح مع اعتباره .

فائدة : وإن وقف على من لا يصح الوقف عليه ، ولم يذكر له مالاً صحيحاً ؛ كان يقول وقفته على الأغنياء أو الذميين ، أو على الكنيسة ونحوها ؛ بطل الوقف ؛ لأنه عين المصرف الباطل ، واقتصر عليه .

(و)يصرف (منقطع الآخر) ؛ كعلى زيد ثم عمرو ثم عبيده أو الكنيسة ، (بعد من يجوز الوقف عليه) ، إلى ورثته حين الانقطاع نسباً على قدر ارثهم وقفاً . وكذا لو وقف على زيد ولم يزد عليه. (و)يصرف (ما وقفه وسكت) كما لو قال : وقفت هـذه الدار ، ولم يسم مصرفاً صحيحاً ؛ لأن مقتضى الوقف التأبيد ، فيحمل على مقتضاه ، ولا يضر تركه ذكر مصرفه ؛ ولأن الإطلاق إذا كان له عرف؛ صح وحمل عليه . وعرف المصرف هنـا أولى الجهات بـه ، فكأنه عينهم بصرفه ، فيصرف ريعه (الى ورثته) ـ أي : الواقف حين انقطاع الوقف ، لا حين موته ، كما يفهم من « الرعاية » ؛ لأن حكمه حكم الوقف المنقطع الانتهاء (نسباً) ؛ لأن الوقف مصرفه البر ، وأقاربه أولى الناس ببره؛ لقوله عليه الصلاة والسلام : « انك إن تدع ورثتك أغنياء خير من أن تدعهم عالة يتكففون الناس » . ولأنهم أولى الناس بصدقاته النوافل والمفروضات ، فكذا صدقته المنقولة . (لا ولاء ولا نكاحاً) ؛ لعدم الانتساب ، (على قدر ارثهم) من الواقف، (وقفاً) عليهم ، فلا يملكون نقل الملك في رقبته وعلم منه صحة الوقف ، وإن لم يعين له مصرفاً ، ويقسم بينهم على قدر ارثهم مـن الواقف ، فيستحقونه كالميراث .

(و) يقع (الحجب بينهم) ـ أي : ورثة الواقف ـ فيه ؛ كوقوعه في

(ارث ، والغني والفقير) في ذلك سواء ؛ لاستوائهم في القرابة . قال القاضي : (فلبنت مع ابن ثلث) ، وله الباقي . (ولأخ لأم مع أخ لأب سدس) ، وله ما بقي . وإن كان (جد) لأب (وأخ) لأبوين أو لأب ؛ (يشتركان) سوية ، ويقتسمان ريع الوقف المذكور كالميراث . وإن كان (أخ) لغير أم ، (وعم) لغير أم ؛ (فلأخ) الانفراد به . وإن كان عم لغير أم ؛ انفرد بـــه العم كالميراث . انتهى

(فإن عدموا) ؛ بأن لم يكن لواقف ورثة من النسب ؛ فمعروف وقفه (للفقراء والمساكين) وقفاً عليهم ، على الصحيح من المذهب . وجزم ابن عقيل في «التذكرة» ، و «الموفق» ، و «الشارح» ، وصاحب « التلخيص» ، وغيرهم ، وقدمه في «الفائق» ، لأن القصد بالوقف الثواب الجاري على وجه الدوام، وإنما قدموا الأقارب على المساكين ؛ لكونهم أولى ، فإذا لم يكونوا فالمساكين أهل لذلك ، فصرف إليهم ، (ونصه) ؛ أي : الإمام أحمد في رواية إبراهيم وأبي طالب وغيرهما : أنه يصرف (في مصالح المسلمين) ، فيرجع إلى بيت المال . قـــال الزركشي : نص الروايات أن يكون في بيت المال ، يصرف في مصالحهم ، ويكون وقفاً أيضاً على الصحيح من المذهب .

(ومتى انقطعت الجهة) الموقوف عليها ، (والواقف حي) ؛ بأن وقف على أولاده ، أو أولاد زيد فقط فانقرضوا في حياته ؛ (لم يرجع) الوقف (إليه) - أي : إلى الواقف (وقفاً) ؛ لانقطاع الجهة الموقوف عليها ، (خلافاً لهما) - أي : لصاحب « المنتهى » و « الإقناع » (بل) يكون مصرف ريعه (كما مر) ؛ أي : للفقراء والمساكين . كذا قال : [1] وعبارة « المنتهى » ومتى انقطعت الجهة ،

---

(١) أقول : نقل شيخنا عبارة « المنتهى » و « الاقناع » وشرحه ، ثم قال : كأن المصنف مشى على الرواية المرجوحة المعبر عنها بقيل ، ولم يلتفت إلى ما قدمه ابن الزاغوني، وجزم به ابن عقيل ، وجعلها ابن رجب كمن وقف على الفقراء فافتقر ، وقد تقدم لك =

والواقف حي ؛ رجع إليه وقفاً . وعبارة «الإقناع» : وإن انقطعت الجهة الموقوف عليها في حياة الواقف و رجع اليه وقفاً عليه . يعني ومتى قلنا : يرجع الى أقارب الواقف وقفاً ، فإن كان الواقف حياً وقت انقطاع الجهة الموقوف عليها رجع اليه وقفاً ، يتصرف فيه مدة حياته ، وبعده للفقراء والمساكين أو للمصالح ، كما تقدم . قال ابن الزاغوني في « الواضح » : الخلاف في الرجوع الى الأقارب أو إلى بيت المال أو إلى المساكين مختص بما إذا مات الواقف ، أما إذا كان حياً فانقطعت الجهة ؛ ففي رجوعه اليه أو الى عصبته وذريته روايتان. انتهى. إحداهما يدخل، قطع به ابن عقيل في مفرداته، وإليه ميل ابن رجب ، وكذا لو وقف على أولاده والنساء لهم أبداً على أنه من توفي منهم عن غير ولد رجع نصيبه الى أقرب الناس اليه ، فتوفي أحد أولاد الواقف عن ولد ، والأب الواقف حي ، فهل يعود نصيبه اليه . لكونه أقرب الناس اليه، أم لا ، يخرج على ما قبلها ، قاله ابن رجب . والمسألة ملتفتة الى دخول المخاطب في خطابه ، فكأن المصنف رحمه الله مشى على الرواية المرجوحة ، المعبر عنها بقيل ، ولم يلتفت الى ما قدمه ابن الزاغوني ، وجزم به ابن عقيل .

(ويعمل في) وقف (صحيح وسط فقط) ؛ أي : دون الابتداء والآخر؛ كما لو وقف داره على عبده ثم على زيد ثم على الكنيسة ، (بالاعتبارين)؛ بأن يلغي ما عدا الوسط ، ويجعل كأنه جعل وقفه ما عدا الطرفين ،(فيصرف في الحال له) - أي: لزيد - (و)يرجع (بعده) - أي : زيد - (لورثة واقف) نسباً وقفاً ؛ على قدر إرثهم ، ثم المساكين .

= أنه يتناولهم. انتهى. وكذا ضعف الجراعي ما قاله المصنف،وجزم بها في الأصلين. قلت : قول المصنف كما مر ؛ أي : من التفصيل الذي ذكره تبعاً للأصلين ، ففي حل شيخنا قصور ومخالفة المصنف ظاهرة إذ هي القياس ، ومقتضي تفصيلهم المتقدم ، وصريح الرواية الاخرى ، لكن لم أر من وافقه من المتأخرين ، فتأمل وتدبر . انتهى .

.(فرع : لو وقف على ثلاثة) ؛ كزيد وعمرو وبكر ،(ثم على المساكين؛ فمن مات منهم رجع نصيبه لمن بقي) منهم ؛ لأنه الموقوف عليه أولاً ، وعودة الى المساكين مشروط بانقراضهم ؛ اذ استحقاقهم مرتب بثم . (فإن ماتوا) - أي : الثلاثة - (فللمساكين) عملًا بشرطه . (وإن) وقف على ثلاثة ، و(لم يذكر له) أي:الوقف على من ذكر(مآلاً) بل سكت ، فمن مات منهم (رجع نصيب ميت منهم لباق) ؛ كالتي قبلها،(لا كمنقطع)؛ اذ احتمال الانقطاع في غاية البعد . قاله الشيخ تقي الدين ، وذكره الموفق في « المقنع » وقواه الحارثي . قال في « المبدع » وهو أظهر . قال في « التنقيح » وهو قوي . وقطع به ابن رجب في القاعدة الخامسة عشر بعد المائة (خلافاً له) - أي : لصاحب«الإقناع»- فإنه قال : وان وقف على ثلاثة ، ولم يذكر له مآلاً ، فمن مات منهم فحكم نصيبه حكم المنقطع .

(فإذا ماتوا) - أي : الثلاثة - (جميعاً صرف كمنقطع) لورثة الواقف نسباً ، على قدر إرثهم وقفاً . فإن عدموا فللمساكين .

(ومن وقف على أولاده وعلى المساكين ؛ فهو بين الجهتين نصفين) ، يصرف لأولاده النصف ، وللمساكين النصف ؛ لاقتضاء الإضافة التسوية . (وكذا) لو وقف (على مسجد) معين،أو وقف على (مساجد)معلومات، (وعلى إمام يصلي فيه) - أي : المسجد - أو يصلي (في أحدها) - أي : المساجد فيكون ما وقفه بين الجهتين نصفين ؛ لانتفاء مقتضى التفاوت .

(فصل) : (و)يزول (الملك) - أي:ملك الواقف - (فيما وقف على نحو مسجد) ؛ كمدرسة ورباط وقنطرة ، (وفقراء) وغزاة ، وكذا بقاع المساجد والمدارس والقناطر والسقايات . وينتقل بمجرد وقف (لله تعالى) . قال الحارثي: بلا خلاف .

(و)ينتقل الملك (فيما وقف على آدمي) معين كزيد وعمرو له . وعلى جمع

(محصور) كأولاده أو أولاد زيد(له) ـ أي : المحصور ـ لأنه سبب يزيل التصرف في الرقبة ، فملكه المنتقل اليه ؛ كالهبة . وفارق العتق من حيث أنه اخراج عن حكم المالية ، ولأنه لو كان تمليكا للمنفعة المجردة لم يلزم كالعارية والسكنى . وقول أحمد : من وقف على ورثته في مرضه يجوز لأنه لا يباع ولا يورث ، ولا يصير ملكاً للورثة ؛ يحتمل أنه أراد أنهم لا يملكون التصرف في الرقبة ، جمعاً بين قوليه . لا يقال : عدم ملكه التصرف فيها يدل على عدم ملكه لها ؛ لأنه ليس بلازم ، بدليل أم الولد ، فإنه يملكها ولا يملك التصرف في رقبتها .

(فينظر فيه) ـ أي : الوقف (هو) ـ أي : الموقوف عليه ـ إن كان مكلفاً رشيداً. قال ابن رجب : قال في « الإنصاف » : هذا المذهب بلا ريب. أو ينظر فيه (وليه) ، إن كان الموقوف عليه صغيراً أو مجنوناً أو سفيهاً (حيث لا ناظر بشرط) ، يأتي في الكلام على الناظر ، ولو كان الموقوف أرضاً على معين ، وقلنا: إنه يملك الوقف ،فغصبها إنسان وزرعها ، وأدركها من وقفت عليه والزرع قائم ؛ فإنه (يتملك زرع غاصب) بنفقته ، وهي مثل بذره وعوض لواحقه ؛ كمالك الارض الطلق .

(ويلزمه) ؛ أي : الموقوف عليه المعين ، (أرش جناية خطئه) ـ أي : الموقوف ـ إن كان قناً ، كما يلزم سيد أم الولد فداؤها ، ولا يتعلق الارش برقبته ؛ لأنه لا يمكن تسليمه كأم الولد ، ولا يلزم الموقوف عليه أكثر من قيمته ، بل يفديه (بالأقل) من أرش الجناية أو قيمته .

(ويتجه) أنه لا يلزم الموقوف عليه (عمده) ؛ أي : ما جناه القن الموقوف عمدا .

ويتجه (أنه) ـ أي : الموقوف عليه ـ (له تسليمه) ـ أي : القن الجاني عمدا ، (لولي الجناية) الموجبة للقصاص ؛ لعموم قوله تعالى : « النفس

بالنفس »[1] الآية (لقتل) ان اختاره الولي ؛ لوجوبه بالجناية ، سواء كانت الجناية على الموقوف عليه أو على غيره. (أو) ؛ أي: وللموقوف عليه تسليم الجاني ؛ (لتمليك) ؛ أي: ليتملكه ولي الجناية بدل ملكه الذي فوته عليه بجنايته ، لكن التسليم للتمليك تأباه القواعد ؛ لخروجه عن التأبيد الذي هو من أعظم المقاصد .[2] وان عفا ولي الجناية على مال ؛ فعلى الموقوف عليه المعين أقل الأمرين كما سبق .

(و) يلزم موقوفاً عليه (فطرته) - أي : القن الموقوف - وكذا لو اشترى عبداً من غلة الوقف لخدمة الوقف ؛ فإن الفطرة تجب قولاً واحداً ؛ لتمام التصرف فيه .

قال أبو المعالي : (و) يلزم موقوفاً عليه (زكاته) ، لو كان ابلا أو بقراً أو غنماً سائمة ، على ظاهر كلام الإمام أحمد ، واختيار القاضي في « التعليق » ، والمجد وغيرهما ، وقدمه الزركشي . قال الناظم : لكن يخرج من غيرها. وتقدم في الزكاة بأتم من هذا . وتقدم أيضاً تجب الزكاة في غلة شجر ، وأرض موقوفة على معين ، بشرطه ؛ ويخرج من عين ثمر وزرع ؛ لأنه ملك الموقوف عليه .

---

(١) سورة المائدة ، الآية : ٤٥

(٢) أقول : قول المصنف لا عمده ؛ أي : لايلزمه أن يفديه بجناية عمده ، بل يسلمه لولي الجناية ليقتص إن طلبه ؛ لوجوبه ، وأما إذا عفى ولي الجناية على مال ، أو كانت الجناية توجب المال - ولو عمدا - فهذا يلزم الموقوف عليه كجناية الخطأ ، كما هو مصرح به ، ففهوم قول المصنف لا عمده غير مراد بدليل ما بعده ، وقوله : أنه له تسليمه لولي الجناية لقتل صريح في كلامهم ، وأما قوله : أو لتمليك فهو مقتضى عموم كلامهم في الجنايات ، لكن لم أر من صرح به ، وقد يقال : العموم غير مراد فيه ، وإنما يقال فيه له تسليمه لطلب القصاص ؛ لوجوبه ، لا لتملك ، بل يفديه ؛ لأنه يتعلق به حق من يأتي من البطون ، وربما يؤخذ هذا من قولهم هنا ، فان قتل بطل الوقف ؛ ففهومه أنه إن لم يقتل فلا ، وحيث لم يبطل فلا يتملك ، فليتأمل وليحرر . انتهى .

(ويقطع سارقه) — أي : الموقوف — (وسارق نمائه اذا كان على معين)؛ولا شبهة للسارق ؛ لتمام الملك فيه . قال في «الشرح»: فيستوفيه بنفسه وبالإجارة والإعاره ونحوها إلا ان عين في الوقف غير ذلك .

(وله) ؛ أي :الموقوف عليه المعين ،(نفعه) —أي:الموقوف —باستعماله، (و) له(نماؤه وغلته) بلا نزاع (وجناية ما) — أي: موقوف —(على غير آدمي معين) ؛ كعبد موقوف على مسجد أو على المساكين ؛ اذا جنى فأرش جنايته (في كسبه) ؛ لأنه ليس له مستحق معين يمكن إيجاب الارش عليه ،ولا يمكن تعلقها في رقبته ؛ فتعين في كسبه .

(ولا يتزوج) موقوف عليه أمة (موقوفة عليه) ؛ لأن الملك لا يجامع النكاح .

(وينفسخ به) — أي : وقفها عليه (نكاحها) ؛ للملك ، (ولا يطؤها) — أي : الأمة الموقوفة — (ولو اذن) في وطئها (واقف) ؛ لأن ملكه ناقص ، ولا يمكن منع حبلها ، فتنقص أو تتلف ، أو تخرج من الوقف بأن تبقى أم ولد.

(وله) — أي:الموقوف عليه — (ولاية تزويجها) ؛ لملكه لها ، (ويلزم) الولي تزويجها (ان طلبت) ؛ صيانة لها عن الوقوع في المحرم ، (إن لم يشرط) واقف ولايه التزويج (لغيره) — أي: غير الموقوف عليه — (و)لموقوف عليه الأمة(أخذ مهرها)،إن زوجها هو أو غيره،(ولو) كان المهر (لوطىء شبهة)؛ لأنه بدل المنفعة ، وهو يستحقها ؛ كالأجرة والصوف واللبن والثمرة . وسواء كان الواطىء الواقف أو غيره . وهذه كلها فوائد القول بأنه يملكه ، وكذا النفقة عليه .

(وولدها) – أي : الموقوفة – من وطء (مع شبهة) ؛ بنحو زوجة (حرة) ؛ كبأمته ، (ولو) كان الوطء (من قن) اشتبهت عليه بمن ولده منها (حر) ؛ لاعتقاده حريته . (وعلى واطىء قيمته) – أي : الولد – لتفويته عليه رقه باعتقاده حريته يوم وضعه حياً ، (تصرف) قيمته في شراء مثله ، يكون وقفاً مكانه ؛ لأن القيمة بدل عن الوقف ؛ فوجب ان ترد في مثله ، وتصير الموقوفة أم ولده ؛ لأنه أحبلها بحر في ملكه .

(و) ولدها (من زوج ولا شرط حريته ، أو من زنا وقف) معها ، هذا المذهب ، وعليه جماهير الأصحاب ، لأن ولد كل ذات رحم حكمه حكمها ؛ كأم الولد والكسب ، ما لم يعرض لذلك ما يمنعه كالشبهة ؛ واشتراط زوج الأمة على سيدها عند تزويجها حرية ولدها ونحوهما ، قاله في شرح « المنتهى » ونظر البهوتي في شرحه عليه ، وعلله بأن الموقوف عليه لا يملك عتقه بالتصريح ؛ فلا يملك شرطه . انتهى . مع أن عبارة شارح « المنتهى » لا تؤدي ما فهم منها ، اذ ما ذكروه بيان لاصل المسألة ، وإيضاح لأصل القاعدة ، من أن ولد كل ذات رحم حكمه حكمها ، فاستثني من القاعدة ، الشبهة ، واشتراط الحرية ، ولا بد في الشبهة من كونها اشتبهت بمن ولدها منه حر ، ولو كان الواطىء رقيقاً ، فمن أمعن النظر ظهر له الحق [1] . (و) حيث قلنا : إن الموقوف عليه يملك الموقوفة ،

---

(١) أقول : يؤيد ما قاله شيخنا قول الجراعي بعد نقل كلام البهوتي ، فقال : لكن يؤخذ من كلامهم أنه يجب على الموقوف عليه زواجها إن طلبته ، أن الزوج لو شرط حرية ولده يكون حراً ؛ لانه قد فعل ما هو واجب عليه ، وقد لايوجد من لايرضى برقبة ولده فليتأمل . انتهى . ووجدت في هامشة معزية للعلامة السفاريني قال ناقلا عبارة « الانصاف » : ويحتمل أن يملكه الموقوف عليه وهو اختيار أبي الخطاب ، قال الحارثي : وهذا أشبه بالصواب . قلت : وحيث قلنا يملكه على المرجوح ملك اشتراط حريته ، كما لايخفى ، والمذهب خلاف ذلك . انتهى . أقول : ولو قيل بالتوسط بأنه إذا طلبت التزويج ، ولم يوجد زوج إلا باشتراط حرية ولده منها لكان له وجه ، وإلا فلا فتدبر . انتهى .

فوطئها ، فإنه (لاحد) عليه للشبهة (ولا مهر) عليه (بوطئه) إياها ؛ لأنه لو وجب لوجب له ، ولا يجب للانسان شيء على نفسه . (وولده) ؛ أي : الموقوف عليه من الموقوفة ، (حر) ؛ للشبهة . (وعليه) - أي : الواطيء - (قيمته) - أي : الولد - يوم وضعه حيا ، (تصرف في مثله) ؛ لأنه فوت رقه على من يؤول الوقف عليه بعده ، ولأن القيمـة بدل عن الوقف ، فوجب ان ترد في مثله (وتعتق) المستولدة ممن هي وقف عليه (بموته) ؛ لأنها صارت أم ولده ؛ لولادتها منه ، وهو مالكها .

(ويتجه) ان واطيء الأمة الموقوفة عليه ؛ لا يزول ملكه عنها باستيلاده إياها ما دام حيا ، (مع بقاء تحريمها) عليه ، وكونها صارت أم ولده لا يباح له وطؤها ؛ لنقص ملكه ، ولأنه ممنوع من وطئها ابتداء فمنع منه دواما . ولو قدم هذا الاتجاه على قوله : وتعتق ؛ لكان . أوضح . وهو متجه [1] .

(ويجب قيمتها في تركته) إن كانت ؛ لأنه أتلفها على من بعده من البطون ، (يشترى بها) - أي: قيمتها - مثلها ، (و) يشتري (بقيمة وجبت بتلفها أو تلف بعضها مثلها) . يكون وقفا مكانها ؛ لينجبر على البطن الثاني ما فاتهم ، (أو) يشتري بذلك (شقص) من أمة ، إن تعذر شراء أمة كاملة ، (يصير) مايشترى بالقيمة أو بعضها (وقفا) بمجرد (الشراء) ؛ كبدل أضحية .

(ولا يصح عتق) رقيق (موقوف بحال) ؛ لتعلق حق من يؤول إليه الوقف به ، ولأن الوقف عقد لازم لا يمكن ابطاله ، وفي القول بنفوذ عتقه إبطال له . وإن كان بعضه غير موقوف ، فاعتقه مالكه ؛ صح فيه ، ولم يسر إلى البعض الموقوف ؛ لأنه اذا لم يعتق بالمباشرة فلأن لا يعتق بالسراية أولى (غير) قن (مكاتب وقف) ؛ أي : وقفه سيده بعد مكاتبته ، (وأدى) ما عليه من

---

(١) أقول : ذكره الجراعي ، وقال : وهو استنباط حسن مقيس . انتهى . ولم أر من صرح به ، وهو ظاهر يقتضيه كلامهم . انتهى .

مال الكتابة . (كذا قيل) إشارة للتبري، كأن المصنف رحمه الله له ميل إلى ما قاله في « الكافي » ، والزركشي في شرحه على الخرقي : لا يصح وقف المكاتب ؛ لأن الوقف يجب ان يكون مستقراً ، والوقف فيه غير مستقر . انتهى . لكن قال الحارثي : يصح وقف المكاتب على المذهب ؛ لأنه لا يصح بيعه ، فإذا أدى ما عليه ؛ عتق ، وبطل الوقف ؛ لأن الكتابة عقد لازم ، فلا تبطل بوقفه ؛ كبيعه .

(ويتجه) أنه كما يعتق القن المكاتب بمجرد أدائه ما كوتب عليه لملكه نفسه بالأداء ؛ كذلك يكون (عتق محرم وقف) – بالبناء للمجهول – أي : وقفه شخص على قريبه المعين ؛ فإنه يصير حراً بمجرد وقفه (عليه) ؛ لملكه بذلك. قال في « الإنصاف » : ويملك الموقوف عليه الوقف . هذا المذهب بلا ريب ، وعليه الأصحاب . قال المصنف وغيره : هذا ظاهر المذهب ، وقطع به القاضي وابنه ، والشريفان ، وابن عقيل ، والشيرازي ، وابن تكروس ، وغيرهم ، وهو من مفردات المذهب . ولا يعتق (ما) – أي : قن – وقفه شخص (على الفقراء) ، وفيهم محرم له ، (وهو) – أي : الواقف – (فقير) من جملتهم ، لانتقال الملك فيما وقف على غير معين ؛ كالمساجد والفقراء ونحوهم ، بمجرد وقفه لله تعالى ، فلم يصادف مالكاً محرماً مختصاً يعتق عليه . وهو متجه [1] .

---

(١) أقول : نظر الجراعي فيه بأن الموقوف موقوف على الموقوف عليه الموجود وعلى من بعده ، فيلحقه الضرر . انتهى . قلت : بحث المصنف لم أر من صرح به ، لكنه كالصريح في كلامهم في باب العتق ؛ لأن عموم قولهم : ومن ملك ذا رحم بشراء أو إرث ونحوه عتق ، ومن المعلوم أن الوقف يدخل في ملك الموقوف عليه قهرا عليه كالإرث ، وأما اذا كان الوقف على غير معين كما مثل المصنف بالفقراء وهو منهم ، فلا يعتق عليه ؛ لانتفاء ملكه وانتقال الملك لله تعـالى ، ونظر الجراعي غير ظاهر . ألا ترى الى أن المكاتب يصح أن يوقف مع أنه اذا أدى ما عليه انقطع الوقف مع أنه يتعلق به حق الموقوف =

(وإن قطع) عضواً من أعضاء (موقوف) ؛ كيده ونحوها ، عمداً ؛ (فله) ـ أي : القن الموقوف ـ (القود) ؛ لأنه حقه لا يشرك فيه أحد .

(وإن عفى) الرقيق الموقوف عن الجناية عليه ؛ أو كان القطع أو الجرح لا يوجب قوداً ؛ لعدم المكافأة ، أو كونه خطأ أو جائفة ونحوه ؛ (فأرشه) يصرف (في مثله) ـ أي : المجنى عليه ـ إن أمكن ، وإلا ؛ اشتري به شقص من مثله ؛ لأنه بدل عن بعض الوقف ، فوجب أن يرد في مثله . قال الحارثي : اعتبار المثلية في البدل المشترى بمعنى وجوب الذكر في الذكر ، والانثى بالانثى ، والكبير في الكبير ، وسائر الأوصاف التي تتفاوت الأعيان بتفاوتها ، لا سيما الصناعة المقصودة في الوقف . والدليل على الاعتبار أن الغرض جبران ما فات ، ولا يحصل بدون ذلك .

(وإن قتل) رقيق موقوف عبداً أو أمة ، ولو كان قتله (عمداً) محضاً من مكافىء له ؛ (فالواجب) بذلك (قيمته) دون القصاص ؛ لأن الموقوف عليه لا يختص به ، فلم يجز أن يقتص من قاتله ؛ كالعبد المشترك .

(ولا يصح عفو) الموقوف عليه (عنها) ـ أي : قيمة المقتول ـ ولو قلنا إنه يملكه ؛ لأن ملكه لا يختص به ؛ لتعلق حق البطن الثاني به تعلقاً لا يجوز إبطاله ، ولا يعلم قدر ما يستحقه هذا منه فيعفو عنه .

(وإن قتل) الموقوف (قوداً) ؛ بأن قتل مكافئاً له عمداً ، فقتله ولي المقتول قصاصاً (بطل الوقف) ؛ كما لو مات حتف أنفه .

و(لا) يبطل الوقف (إن قطع) عضواً منه قصاصاً ؛ كما لو سقط بآكلة ، (ويتلقاه) ؛ أي : يتلقى الموقوف عليهم الوقف ، (كل بطن) منهم (عن واقفه) ، لا من البطن الذي قبله . قاله القاضي في «المجرد» وابن عقيل

= عليه الحاضر ، ومن يأتي من البطون ، فتأمل ذلك ، وقول شيخنا : وهو ؛ أي : الواقف سبق قلم ، صوابه وهو ؛ أي : الموقوف عليه . انتهى .

في «الفصول» والموفق في «المغني» وابن رجب في «القواعد الفقهية» وصححه الطوفي في «قواعده»؛ لأن الوقف صادر على جميع أهل الوقف من حينه، فمن وقف شيئاً على أولاده، ثم أولادهم ثم أولاد أولادهم ما تناسلوا، كان الوقف على جميع نسله، الا أن استحقاق كل طبقة مشروط بانقراض من فوقها. قال في «المغني»: وإن رتب فقال: وقفت هذا على ولدي وولد ولدي ما تناسلوا أو تعاقبوا، الأعلى فالأعلى، أو الأقرب فالأقرب، أو الأول فالأول، أو البطن الأول ثم البطن الثاني، أو على أولادي ثم أولاد أولادي، أو على أولادي فإذا انقرضوا فعلى أولاد أولادي؛ فكل هذا على الترتيب ويكون على ما شرط، ولا يستحق البطن الثاني شيئاً حتى ينقرض البطن كله، ولو بقي واحد من البطن الأول كان الجميع له؛ لأن الوقف ثبت بقوله، فيتبع فيه مقتضى كلامه. وإن قال: على أولادي وأولادهم ما تعاقبوا وتناسلوا، على أنه من مات منهم عن ولد كان ما كان جارياً عليه جارياً على ولده، كان ذلك دليلاً على الترتيب؛ لأنه لو اقتضى التشريك لاقتضى التسوية. ولو جعلنا لولد الولد سهماً مثل سهم أبيه، ثم دفعنا اليه سهم أبيه، صار له سهمان ولغيره سهم، وهذا ينافي التسوية. ولأنه يفضي الى تفضيل ولد الابن على الابن، والظاهر من إرادة الواقف خلاف هذا، فإذا ثبت الترتيب فإنه ترتيب بين كل والد وولده، فإذا مات عن ولد انتقل الى ولده سهمه، سواء بقي من البطن الأول أحد، أو لم يبق.

(فإذا امتنع البطن الأول)، حال استحقاقهم، (من اليمين مع الشاهد) لهم بالوقف، (لثبوت وقفه؛ فلمن بعده) من البطون، ولو قبل استحقاقهم للوقف، (الحلف) مع الشاهد بالوقف لثبوته؛ (لأنه موقوف عليه). وعلم منه أنهم لا يستحقونه بالحلف، بل بعد انقراض من قبلهم، ففائدة ذلك عدم صحة تصرف من بيده الوقف فيه ببيع ونحوه، وحيث ثبت الوقف بالحلف المذكور؛

فإن الريع يكون للبطن الأول ؛ لأنه يدخل في ملكهم قهراً ، كالإرث ؛ بدليل أنه لا يبطل بيده .

(فصل : ويرجع) – بالبنـــاء للمفعول – عند التنازع في شيء من أمر الوقف (وجوباً لشرط واقف)؛ كقوله شرطت لزيد كذا ، ولعمرو كذا ؛ لأن عمر شرط في وقفه شروطاً ، ولو لم يجب اتباع شرطه لم يكن في اشتراطه فائدة ، ولأن ابن الزبير وقف على ولده ، وجعل للمردودة من بناته أن تسكن غير مضرة ولا مضر بها ، فإذا استغنت بزوج فلا حق لها فيه ، ولأن الوقف متلقى من جهتـــه؛ فاتبـع شرطه، ونصه كنص الشارع . (ولو) كان الشرط (مباحاً) ؛ كشرطه الدار الموقوفة أن تكون للسكنى دون الاستغلال ؛ فإنه يجب اعتباره في كلام الواقف . قال الحارثي : وهو ظاهر كلام الأصحاب . والمعروف في المذهب الوجوب ، وهو الصحيح ، خلافاً للشيخ تقي الدين فيما يأتي [1] . (غير مكروه) ؛ فإنه لا يعمل به ؛ كشرطه أن لا يصلي في مسجد بناه إلا طائفة كذا .

(ويتجه) انه يعتبر (هذا) الشرط ، ويرجع اليه وجوباً ، (اذا وقف)

---

(١) أقول : قول شيخنا كشرطه الدار الخ يعارضه قول البهوتي في شرحي«الاقناع» و « المنتهى » عند قولهما : وإن وقف على غيره واستثنى غلتــه أو بعضها له أو لولده أو الاكل أو الانتفاع لأهله . وتصح إجارتها . قال البهوتي : أي : المدة المستثنى النفع فيها من الموقوف عليه وغيره . قلت : ومنه يؤخذ صحة إجارة ما شرط سكناه لنحو بنيه أو أجنبي أو خطيب أو إمام،وقال في شرح « الاقناع » : قلت : فيؤخذ منه صحة إجارة كل ما ملك منفعته ، وإن لم يشترطها الواقف له . انتهى . وقول شيخنا : قال الحارثي الخ أصل العبارة كما في شرح « الاقناع » قال الحارثي : الشرط المباح الذي لايظهر هذه القربة منه هل يجب اعتباره ؟ ظاهر كلام الاصحاب والمعروف في المذهب الوجوب الخ ، وليس فيه قول شيخنا كشرطه الدار الخ ، لكن يؤخذ منه ذلك ، لكن فيه تعارض لـــا قرره البهوتي كما قدمناه أولا ، فتأمل وحرره انتهى .

الإنسان (ما) – أي : وقفاً – (يملكه) بنوع من أنواع التملكات الصحيحة ، (فأما وقف الامراء والسلاطين ؛ فلا يتبع شروطهم) ؛ لأنهم لا ملك لهم ؛ إذ ما بأيديهم اما مجتمع من المظالم ، أو من الغنائم ، أو من الجزية ، أو من مال لا وارث له ، ونحو ذلك ، وعلى كل حال ليس لهم مما بأيديهم شيء ، وإنما هو للمسلمين ، يصرف في المصالح العامة . فلو اشتروا مما بأيديهم عقارات ووقفوها، وشرطوا في أوقافهم شروطاً ؛ فلا يجب العمل بها ، فمن كان له حق في بيت المال ومنع منه ؛ فله أن يتناول من أوقافهم كفايته ، ولو لم يعمل بما شرطوه. (إلا إن كان فيه) ؛ أي: فيما شرطوه (مصلحة للمسلمين ؛ كمدرس كذا) من العلوم النافعة ، (وطالب كذا) منها كذلك ، (و) كشرطهم (إن مات عن ولد وهو) – أي: الولد – (في مرتبته) ؛ أي : مرتبة والده ؛ بأن يكون فيه أهلية للقيام بوظيفة أبيه ؛ (فالوظيفة له) – أي: الولد – لاستحقاقه إياها ، ففي هذا كله يجب العمل بشروطهم ؛ إذ في العمل بها مصلحة المسلمين ، فيجب العمل بها ، و(لا) يجب العمل بشرطهم اذا شرطوا أن وظيفة الوالد لولده ، و (إن لم يكن مثله) ؛ أي : مثل والده ؛ لأن ذلك رفع الشيء لغير أهله ، ووضعه في غير محله ، (أو) شرط لأحدهم أن يدفع كذا من ريع وقفه لمن (يقرأ الدرس) من العلوم النافعة (في مدرسته) ؛ فلا يتعين عليه فعله في تلك المدرسة ، بل عليه أن يقرأ الدرس المشروط في أي موضع كان ، عملاً بشرط الواقف في الجملة ،)أو) شرط أن يدفع له كذا ، على أن يقرأ (على قبره) شيئاً من القرآن ، في كل يوم أو شهر ؛ فلا يجب العمل بهذا الشرط ؛ (لأنه مجرد غرض للواقف) ، بل يقرأ في أي موضع كان ، ويهدي له الثواب ؛ لأن كل قربة فعلت ، وجعل ثوابها لمسلم حي أو ميت ؛ نفعه ذلك. وهذا الاتجاه من أحسن اتجاهاته (١).

---

(١) أقول : ذكره الجراعي ، وقرر نحوا مما قرره شيخنا ، والبحث صريح في كلامهم، وقول المصنف كمدرس تمثيل ، ومثله كل ما فيه نفع عام للمسلمين، وأما قول شيخنا =

(ومثل شرط) صريح في حكم وجوب الرجوع اليه (استثناء) . قال في «الإنصاف»: والاستثناء كالشرط على الصحيح من المذهب ،نص عليه. انتهى . أي : فيرجع اليه . فلو وقف على أولاده وأولاد زيد ، أو قبيلة كذا الا بكراً ؛ لم يكن له شيء .

(و) مثل الشرط (مخصص من صفة) ؛ كما لو وقفه على أولاده الفقهاء ، أو المشتغلين بالعلم فإنه يختص بهم ، فلا يشاركهم من سواهم ، وإلا لما كان لتخصيصه فائدة .

(و) مثل الشرط في حكم الرجوع اليه مخصص من (عطف بيان) ؛ لأنه مشبه بالصفة في إيضاح متبوعه ، وعدم استقلاله . فمن وقف على ولده أبي محمد عبد الله ، وفي أولاده من كنيته أبو محمد غيره ؛ اختص به عبد الله .

(و) مثله في حكم أيضاً مخصص من توكيد ؛ كما لو وقف على أولاد زيد نفسه ؛ فلا يدخل أولاد أولاده .

وكذا مخصص من بدل ، كمن له أربعة أولاد ، وقال : وقفت على ولدي فلان وفلان ، وعلى أولاد أولادي ؛ فإن الوقف يكون على أولاده الثلاثة ، وأولاد الأربعة ؛ لأنه أبدل بعض الولد وهو فلان وفلان ،من اللفظ المتناول للجميع وهو ولدي ، فاختص بالبعض المبدل ؛ لأنه المقصود بالحكم ، كقوله تعالى : « ولله على الناس حج البيت من استطاع اليه سبيلا »[1] لما خص المستطيع بالذكر اختص الوجوب به ، ولو قال : ضربت زيداً رأسه ، ورأيت زيداً وجهه ؛ اختص الضرب بالرأس ، والرؤية بالوجه. قال في «المغني»

= بل يقرأ في أي التخ الظاهر أنه لا يجب عليه فعله مطلقاً لما ذكره المصنف، إلا إن كان الشرط على من يقرأ على مقبرة من مقابر المسلمين ، فالظاهر أنه يلزمه ؛ لأن فيه نفعاً عاماً للمسلمين ؛ كما لو وقف على من يضع الريحان على القبور كما تقدم ، فتأمله . انتهى .

(١) سورة آل عمران، الاية : ٩٧

ومنه قوله تعالى : « ويجعل الخبيث بعضه على بعض » [1]. وقول القائل : طرحت الثياب بعضها فوق بعض ؛ فإن الفوقية تختص بالبعض مع عموم اللفظ الأول ، كذا ههنا . ولو قال : وقفت على ولدي فلان وفلان ثم الفقراء ؛ لا يشتمل ولد ولده . ونحو ما تقدم تقديم الخبر ؛ كقوله : وقفت داري على أولادي والساكن منهم عند حاجته بلا أجرة فلان .

(و) كذا مخصص من (جار) ومجرور ؛ (نحو) وقفت هذا (على أنه) من اشتغل بالعلم من أولادي ؛ صرف إليه . وكذا إن قال : وقفته (بشرط أنه) من تأدب بالآداب الشرعية صرف إليه ، (ونحوه) ؛ فيرجع إلى ذلك كله كالشرط . (فلو تعقب الشرط) ونحوه (جملاً ؛ عاد) الشرط ونحوه (إلى الكل) ؛ أي : إلى جميع الجمل . وكذا الصفة إذا تعقبت جملاً ؛ عادت إلى الكل . قال في « القواعد الأصولية » في عود الصفة للكل : لا فرق بين أن تكون متقدمة أو متأخرة . وقال الشيخ تقي الدين : موجب ما ذكره اصحابنا أي : في عود الشرط ونحوه للكل ؛ لأنه لا فرق بين العطف بالواو وبالفاء أو بثم على عموم كلامهم .

(و) يجب العمل بالشرط (في عدم ايجاره) - أي : الوقف (أو) في (قدر مدته) - أي : الايجار فإن شرط أن لا يؤجر أكثر من سنة ؛ لم تجز الزيادة عليها . لكن عند الضرورة يزاد بحسبها ، ولم يزل عمل القضاة عليه من أزمنة متطاولة . وقال الشيخ تقي الدين : والشروط إنما يلزم الوفاء بها إذا لم تفض بالإخلال إلى المقصود الشرعي .

ولذلك قال المصنف : (ويتجه) أنه يجب العمل بالشرط ، (ان لم يحتج) الى زيادة على القدر المشروط ، أما اذا احتيج ؛ بأن تعطلت منافع الموقوف ، ولم يمكن تعميره إلا بذلك ؛ جاز .

---

(١) سورة الانفال ، الآية : ٣٧

ويتجه (إن تعذر عقود) حيث احتيج إليه (كعقد) واحد ، حتى لو شرط أن لا يؤجر أبداً ، واحتاج الوقف إلى الإجارة ؛ فللناظر أن يؤجره ، وهو أولى من بيعه ، وقد أفتى به المرداوي وغيره ، ولم تزل علماؤنا تعني به ، وهو أولى من بيعه . ولا تجوز المحافظة على بعضها مع فوات المقصود بها . ويأتي قال في شرح « الوجيز » إن كان الوقف يحتاج إلى عمارة لا تحصل الابان يزاد على المدة المشروطة مدة أخرى ؛ جاز أن يزاد عليها بقدر ما يحتاج إليه فقط؛ ككون العمارة تحتاج الى استلاف دراهم،ولم يحصل من يسلفهم الا من يستأجر أكثر من هذه المدة ، وأن تكون عمارته مع الخراب ليعمر بما يحصل من الأجرة لا تمكن إلا مع الزيادة ؛ فإنه يجوز أن يزاد بقدر الحاجة ، فإن عمارة الوقف واجبة،وما لا يتم الواجب إلا به فلا بد من فعله ، وهذا واجب بالشرع. انتهى . وهو متجه [1] .

ويجب الرجوع إلى شرط الواقف (في قسمته) ؛ أي :الوقف على الموقوف عليهم ، بمعنى أنه يرجع إلى شرطه ، (بتقدير الاستحقاق من تساو أو تفضيل)؛ كعلى أن للأنثى سهماً ، وللذكر سهمين ، أو بالعكس . أو على أن للمؤذن كذا ، وللامام كذا ، وللخطيب كذا ، وللمدرس كذا ، ونحوه .

(و)يرجع أيضاً الى شرطه(في تقديم بعض أهله) ـ أي:الوقف ـ كقوله: وقفت هذا (على زيد وعمرو وبكر ويبدأ)بالدفع(لزيد بكذا ، أو) وقفت (على طائفة كذا ، ويبدأ بنحو الأصلح) ؛ كالأفقه ، أو الأدين أو المريض أو الفقير .

ويرجع أيضاً إلى شرطه في تأخير ، وهو عكس التقديم ؛ كقوله :يعطي منه أولاً ما سوى فلان كذا ، ثم ما فضل لفلان ؛ فليس للمؤخر إلا ما فضل ، فإن لم يفضل شيء يسقط .

---

(١) أقول : ذكره الجراعي ، وهو صريح في كلامهم . انتهى .

ويرجع أيضاً الى شرطه في جمع ؛ كجعل الاستحقاق مشتركاً في حالة واحدة ؛ كأن يقف على أولاده وأولادهم .

(و)يرجع أيضاً الى شرطه (في ترتيب ؛ كجعل استحقاق بطن مرتباً على الآخر ؛) كان يقف على أولاده ثم أولادهم (فالتقديم بقاء الاستحقاق للمؤخر على صفة أن له ما فضل) عن المقدم ، (وإلا) بأن لم يفضل عن المقدم شيء ؛ (سقط) المؤخر . والمراد إذا كان المقدم شيء مقدر ، كمائة مثلاً ، فحينئذ إن كانت الغلة وافرة ، حصل بعد المقدر للمقدم فضل ، فيأخذه المؤخر ، وإلا بان كانت الغلة غير وافرة ، فلا يفضل بعده فضل ، فلا شيء للمؤخر . (والترتيب عدمه) ؛ أي : عدم استحقاق المؤخر (مع وجود المقدم) ، فضل عنه شيء أو لا .

(والتساوي جعل ريع بين أهل وقف متساوياً) ؛ كقوله : وقفت على جميع أولادي ، يقسم بينهم بالسوية .

(والتفضيل جعله) ـ أي : الريع ـ (متفاوتا) ؛ كقوله : للذكر مثل حظ الانثيين ، ونحوه .

والتسوية والتفضيل هو معنى قوله : في قسمته (و) يرجع الى شرطه (في إخراج من شاء من أهل الوقف مطلقاً أو بصفة) ؛ كإخراج من تزوجت من من البنات ونحوه ، (وإدخال من شاء منهم) ؛ أي : من أهل الوقف مطلقاً ؛ كوقفت على أولادي ، أخرج من أشاء منهم ، وأدخل من أشاء (أو بصفة كصفة فقر ، أو اشتغال بعلم) ؛ لأنه ليس بإخراج للموقوف عليه من الوقف ؛ وانما علق الاستحقاق بصفة ، فكأنه جعل له حقاً في الوقف اذا اتصف بإرادته أعطاه ، ولم يجعل له حقاً اذا انتفت تلك الصفة فيه . وليس هو تعليق للوقف بصفة ، بل وقف مطلق ، والاستحقاق له صفة .

تنبيه : ظاهر كلامه « كالتنقيح » و « المنتهى » و « الاقناع » ؛ لأنه

لا فرق بين أن يشترط الواقف ذلك لنفسه، أو للناظر بعده، وفرضها في «الشرح» وغيره فيما اذا اشترطه للناظر بعده، لكن التعليل يقتضي التعميم .

(و) وقف (على زوجته ما دامت عازبة)، ومتى تزوجت فلا حق لها (أو) وقف على أولاده ، وشرط (أن من تزوج من بناته فلا حق له) ؛ لما تقدم عن ابن الزبير ومعنى الإخراج والإدخال بصفة ؛ جعل الاستحقاق والحرمان مرتباً على وصف مشترط ، (فمن اتصف بصفة) من صفات (الاستحقاق ؛ استحق) ما شرط له ، (فإن زالت) تلك الصفة ، (زال استحقاقه ، فإن عادت) الصفة ؛ (عاد) استحقاقه .

ولا يصح الوقف ان شرط فيه (إدخال من شاء من غيرهم) - أي : أهل الوقف - وإخراج من شاء منهم ؛ لأنه شرط ينافي مقتضى الوقف فأفسده. قاله الموفق ومن تابعه .

(كشرطه) - أي : الواقف - (تغيير شرط) ؛ فلا يصح ، (ويبطل به وقف) ، وظاهره سواء شرط ذلك لنفسه أو للناظر بعده ؛ لأنه شرط ينافي مقتضى الوقف فأفسده ؛ كما لو شرط أن لا ينتفع به ، بخلاف إدخال من شاء منهم وإخراجه ، وتقدم تعليله .

(و) يرجع إلى شرط واقفه (في ناظره) - أي : الوقف - لأن عمر جعل وقفه إلى بنته حفصة ، ثم يليه ذو الرأي من أهلها ، ولأن مصرف الوقف يتبع فيه شرط واقفه ، فكذا في ناظره. (و) في (انفاق عليه) إذا خرب ، وإذا كان حيوانا ؛ بأن يقول ، ينفق عليه ، أو يعمر من جهة كذا . (و) في (سائر أحواله)؛ لأنه ثبت بوقفه، فوجب أن يتبع فيه شرطه، (ك) ما لو شرط (أن لا ينزل فيه فاسق ولا شرير ولا متجوه ونحوه) ؛ كذي بدعة ؛ فيعمل به . (بل قال الشيخ) تقي الدين : (الجهات الدينية، كالخوانك والمدارس وغيرها؛ لا يجوز أن ينزل فيها فاسق بقول أو فعل) ؛ أي : سواء كان فسقه بظلمه الخلق

وتعديه عليهم بقوله وفعله من نحو سب أو ضرب ، أو كانُ فسقه بتعديه حقوق الله ، يعني (ولو لم يشرطه الواقف) ؛ لأنه يجب الإنكار عليه وعقوبته ، فكيف ينزل ؟ (وهو) ؛ أي : ما قاله الشيخ تقي الدين ، (صحيح) موافق للقواعد.
قال الحارثي : الشرط المباح الذي لا يظهر قصد القربة منه هل يجب اعتباره ؟ ظاهر كلام الأصحاب والمعروف عن المذهب الوجوب ، وهو مذهب الأئمة الثلاثة وغيرهم ، واستدل له ، إلى أن قال : ولا يلزم من انتفاء جعل المباح جهة للوقف انتفاء جعله شرطا فيه ؛ لأن جعله أصلاً في الجهة مخل بالمقصود وهو القربة ، وجعله شرطاً لا يخل به ، فإن الشرط إنما يفيد تخصيص البعض بالعطية ، وذلك لا يرفع أصل القربة وأيضاً فإنه من قبيل التوابع ، والشيء قد يثبت له حال تبعيته ما لا يثبت له حال أصالته .

(وإن خصص) الواقف (مقبرة أو رباطاً أو مدرسة ، أو (خصص) (إمامتها أو) خصص (خطابتها ، بأهل مذهب أو) بأهل (بلد ، أو قبيلة ؛ تخصصت) بها ، إعمالاً للشرط ، إلا أن يقع الاختصاص بنحلة بدعة . قاله الحارثي. و(لا) يصح شرط واقف المدرسة ونحوه تخصيص (المصلين بها) بذي مذهب ؛ فلا تختص بهم ، لأن اثبات المسجدية يقتضي عدم الاختصاص ، كما في «التحرير» فاشتراط التخصيص ينافيه ، ولغيرهم الصلاة بها ، لعدم التزاحم بها ولو وقع . وهو أفضل ؛ لأن الجماعة تراد له .

و (لا) يصح تخصيص (الإمامة بذي مذهب مخالف) لصريح ، (أو ظاهر السنة) ، سواء كان خلافه لعدم الاطلاع عليها ، أو لتأويل ضعيف ؛ إذ لا يجوز اشتراط مثل هذا . قاله الحارثي .

(أو) ؛ أي : لا يصح شرط واقف (أن لا ينتفع به) ـ أي : الوقف ـ (أو) شرطه (عدم استحقاق مرتكب الخير) لشيء من ريع الوقف ، لأنه شرط ينافي مقتضى الوقف .

(قال الشيخ) تقي الدين : (قول الفقهاء : نصوص الوقف كنصوص الشارع ، يعني في الفهم والدلالة ، لا في وجوب العمل) . وهذا مقابل لما تقدم، فالصحيح أنه في وجوب العمل . (مع أن التحقيق أن لفظه) - أي: الواقف- (ولفظ الموصي والحالف والناذر وكل عاقد ؛ يحمل على عادته في خطابه ولغته التي يتكلم بها) ، سواء (وافقت لغة العرب ، أو لغة الشارع ، أو لا) .

(وقال) الشيخ : ولا خلاف أن من وقف على صلاة أو صيام أو قراءة أو جهاد غير شرعي ونحوه ؛ لم يصح ، والخلاف في المباح ، كما لو وقف على الأغنياء . ولا يجوز اعتقاد غير المشروع مشروعاً وقربة وطاعة ، واتخاذه ديناً .

وقال : (الشروط إنما يلزم الوفاء بها ؛ إذ لم تفض إلى الخلاف بالمقصود الشرعي) ، ولا يجوز المحافظة على بعضها مع فوات المقصود الشرعي بها .

وقال : (فمن شرط في القربات أن يقدم فيها الصنف المفضول ، فقد شرط خلاف شرط الله ؛ كشرطه في الإمامة تقديم غير الأعلم) . وقال أيضاً : ان نزل مستحقاً تنزيلاً شرعياً ؛ لم يجز صرفه عما نزل فيه بلا موجب شرعي ؛ لأنه نقض للاجتهاد بالاجتهاد .

(وقال) : كل متصرف بولاية إذا قيل يفعل ما يشاء ؛ فإنما هو إذا كان فعله لمصلحة شرعية ، حتى (لو صرح واقف بفعل ما يهواه) الناظر مطلقاً (أو ما يراه ؛ فشرط باطل) على الصحيح المشهور ؛ لمخالفته الشرعي ، وغايته أن يكون شرطاً مباحاً ، وهو باطل على الصحيح المشهور ، حتى لو تساوى فعلان عمل بالقرعة ، (و) قال: الشرط (المكروه باطل اتفاقاً . وعنده) - أي : الشيخ - (إنما يلزم العمل بشرط مستحب) . قال : وعلى الناظر بيان المصلحة أي : التثبت والتحري فيها ؛ بدليل قوله ، فيعمل بما ظهر له أنه مصلحة ، ومع الاشتباه ان كان الناظر عالماً عادلاً ساغ له اجتهاده .

(وقال : لو شرط الصلوات الخمس على أهل مدرسة بالقدس بها) ـ أي: المدرسة ـ (كان الأفضل لأهلها صلاه الخمس با) المسجد (الأقصى ، ولا يقف استحقاقهم على الصلاة بالمدرسة ، وكان يفتي به ابن عبد السلام وغيره) .

وقال : إذا شرط في استحقاق ريع الوقف العزوبة ، فالمتأهل أحق من المتعزب ، إذا استويا في سائر الصفات .

وقال : إذا وقف على الفقراء ، فأقارب الواقف الفقراء أحق من الفقراء الأجانب ، مع التساوي في الحاجه ، وإذا قدر وجوب فقير مضطر ، كان دفع ضرورته واجباً ، وإذا لم تندفع ضرورته إلا بتنقيص كفاية أقارب الواقف ، من غير ضرورة تحصل لهم تعين ذلك .

(وقال : في واقف مدرسة ، شرط أن لا يصرف ريعها لمن له وظيفة بجامكية ، أو مرتب في جهة أخرى : ان لم يكن في الشرط مقصود شرعي خالص أو راجح ؛ كان) الشرط (باطلاً ؛ كما لو شرط عليهم نوع مطعم أو ملبس) أو مسكن (لا تستحبه الشريعة،ولا يمنعهم الناظر من تناول كفايتهم من جهة أخرى) هم مرتبون فيها، وليس هذا إبطالاً للشرط ، لكنه ترك للعمل.

(وقال : لو حكم حاكم بمحضر وقف فيه شروط) هم مرتبطون فيها ، والمحضر خط يكتب في واقفه خطوط الشهود في آخره، لصحة ما تضمنه صدره قاله في القاموس . (ثم ظهر كتاب الوقف بخلافه ؛ وجب ثبوته والعمل به) ، إن أمكن إثباته ، (أو أقر موقوف عليه أنه لا يستحق في هذا الوقف إلا مقداراً معلوماً ، ثم ظهر شرط الواقف أنه يستحق أكثر) مما قال : (حكم له بمقتضاه) ـ أي : الشرط ـ (ولا يمنع منه الإقرار المتقدم) ؛ لأنه معذور بعدم علمه إياه . (انتهى) .

وقوله ثم ظهر شرط الواقف الى آخره؛يفهم منه أنه لو كان عالماً بشرط الواقف ، وأقر بأنه لا يستحق إلا كذا ،يؤاخذ باقراره ؛ لأنه لا عذر له. فإن

انتقل استحقاقه بعده لولده مثلاً؛فله الطلب بما في شرط الواقف من حين الانتقال اليه ؛ لأن إقراره لا يسري على ولده .

وذكر التاج السبكي الشافعي في كتابه « الأشباه والنظائر » الصواب أنه لا يؤاخذ،سواء علم شرط الواقف و كذب في إقراره ، أم لم يعلم ؛ فإن ثبوت هذا الحق له لا ينتقل بكذبه. انتهى .

قال المحب ابن نصر الله : ومما يؤيده أن شرط صحة الإقرار كون المقر يملك نقل الملك في العين التي يقر بها ، ومستحق الوقف لا يملك ذلك في الوقف؛ فلا يملك الإقرار به ، ولا يملك نقل الملك في ريعه الا بعد حصوله في يده ، فلا يملك الإقرار به قبل قبضه أو جواز بيعه ، ولا يصح منه ، ولو صح الاقرار بالريع قبل ملك المستحق له ؛ لاتخذ ذلك وسيلة الى إجاره مدة مجهولة ؛ بأن يأخذ المستحق عوضها من شخص عن ريعه أو عن رقبته ، ويقر له به ، فيستحقه مدة حياة المقر ، أو مدة استحقاق المقر؛فلا يجوز اعتبار إقرار المستحق بالوقف ولا بريعه إلا بشرط ملكه للريع ، ولم أزل أفتي بهذا قديماً وحديثاً ، من غير أن أكون قد وقفت على كلام قاضي القضاة تاج الدين ، ولا رأيت فيه كلاماً لغيره ، ولكني قلته تفقهاً ،ولا أظن لمن له نظر تام في الفقه يقول بخلاف ذلك، والله اعلم .

فائدة : يأكل ناظر الوقف بمعروف نصاً . وظاهره ولو لم يكن محتاجاً، قاله في « القواعد » . وقال الشيخ تقي الدين : له أخذ أجرة عمله مع فقره . انتهى .

(ولو تصادق مستحقو وقف على شيء من مصارفه ،و(على)مقادير استحقاقهم فيه) ـ أي : الوقف ـ (ونحوه) ؛ كدفع سهم لمدع استحاقاً ،(ثم ظهر كتاب الوقف منافياً لما تصادقوا)عليه ؛ (عمل به) ؛ أي : بما تضمنه كتاب الوقف وجوباً ، على حسب ما وظفه الواقف من تعيين مصارف وتقدير

وظائف ، (والغي التصادق) الذي جرى بينهم ؛ لمخالفته كتاب الواقف . (أفتى به) الحافظ زين الدين (بن رجب) ، رحمه الله تعالى . (و)قال القاضي أبو يعلى (في « الأحكام السلطانية » : يعمل والي المظالم في وقف عام) ليس له ناظر معين بكتاب (ديوان حاكم) ، وهو الذي يسمونه القضاة سجلاً ؛ إذ هو للصحة والضبط أقرب من غيره . (أو) يعمل بما في ديوان (سلطنة)، وهو المعروف الآن بالدفتر السلطاني ، لأنه مأمون التزوير ، ومحفوظ من التبديل والتغيير . (أو) يعمل (بكتاب) وقف (قديم) ظهر وعليه أمارات الصدق ، بحيث (يقع في النفس صحته) ، ولا يحتاج ذلك إلى من يشهد ؛ للقرينة الدالة على صحة ما تضمنه . ولأن إقامة البينة على الكتاب القديم متعذر ، فاكتفى بمجرد وجوده .

(ولو جهل) ؛ بأن لم يعلم (شرط) كيفية (قسم واقف) غلة ماوقفه، وأمكن التأنس بصرف من تقدم ، ممن يوثق به ؛ رجع اليه ؛ لأنه أرجح مما عداه ، والظاهر صحة صرفه ووقوعه على الوقف ؛ فإن تعذر ، وكان الوقف على عمارة أو إصلاح ؛ صرف بقدر الحاجة . قاله الحارثي . وإن كان على قوم؛ (عمل) — بالبناء المجهول — (بعادة جارية) ، إن كانت،(ثم) إن لم تكن عادة؛ عمل (بعرف) مستقر في الوقف في مقادير الوقف ؛ كفقهاء المدارس ؛ (لأنه) — أي : العرف المستقر — (يدل على شرط الواقف أكثر من) دلالة لفظ (الاستفاضة) قاله الشيخ تقي الدين . ولأن الغالب وقوع الشرط على وقفه . وأيضاً فالأصل عدم تقييد الواقف ، فيكون مطلقاً ، والمطلق منه يثبت له حكم العرف. قاله الحارثي. (ثم) إن لم تكن عادة ، ولا عرف ببلد الوقف ؛ كما لو كان ببادية ليس لها عادة ولا عرف ، (التساوي) ؛ أي : ساوى فيه بين المستحقين ؛ لأن الشركة ثبتت ، ولم يثبت التفضيل ، فوجبت التسوية . ومحل كون القسمة بينهم على السواء اذا كان الموقوف في أيديهم ، أو لا يد لواحد

منهم عليه ، أما لو كان في يد بعضهم ؛ فالقول قوله . كذا نبه عليه جماعة. فإن كان الواقف حياً يرجع الى قوله .

(فرع : أفتى الشيخ) تقي الدين ، (فيمن وقف على أحد أولاده) وقفاً ، (وجهل اسمه) - أي : الموقوف عليه - ؛ (أنه يميز بالقرعة) ، ولو وجد في كتاب وقف رجلًا وقف (على فلان ، و) على (بني بنيه ، واشتبه هل المراد ذلك) ؛ أي : بين بنيه - جمع ابن - ، أو المراد (بني بنته) ، واحدة البنات ؛ فيكون الوقف (لبني البنين) خاصة ، (ولا يشاركهم بنو البنات ، خلافاً لابن عقيل) في قوله في «الفنون» : يكون بينهما ؛ لتساويهما ؛ كما في تعارض البينات. قال الشيخ تقي الدين : ليس هذا من تعارض البينتين ، بل هو بمنزلة تردد البينة الواحدة ، ولو كان من تعارض البينتين ؛ فالقسمة عند التعارض رواية مرجوحة ، وإلا فالصحيح اما التساقط وإما القرعة ، فيحتمل أن يقرع هنا ، ويحتمل أن يرجح بنو البنين ؛ لأن العادة أن الإنسان اذا وقف على ولد بنيه لا يخص منهما الذكور ، بل يعم أولادهما ، بخلاف الوقف على ولد الذكور ؛ فإنه يخص ذكورهم كثيراً كآبائهم ، ولأنه لو أراد ولد البنت لسماها باسمها ، أو لشرك بين ولدها وولد سائر بناته . قال : وهذا أقرب الى الصواب . نقله عنه في « الإنصاف » .

(فصل : واذا لم يشرط واقف ناظراً) على الموقوف (أو شرطه) ؛ أي : النظر (لمعين ، فمات) المشروط له ؛ فليس للواقف ولاية النصب ؛ لانتفاء ملكه ، فلم يملك النصب ولا العزل، ويكون (نظره لموقوف عليه ، إن حصر) موقوف عليه ؛ كأولاده وأولاد زيد (فينظر كل) منهم (على حصته) كالملك المطلق المشترك ، سواء كان عدلاً أو فاسقاً ؛ لأنه ملكه ، وغلته له، (وإلا)، بأن كان الموقوف عليه غير محصور ؛ كالوقف (على الفقراء) والمساكين والعلماء والقراء ، فنظره للحاكم، وإلا فالموقوف على مسجد ، أو مدرسة ، أو رباط ، أو قنطرة،

أو سقاية ، فنظره (الحاكم بلد الوقف) لانه ليس له مالك معين (أو من يقيمه) الحاكم ؛ لأنه يتعلق به حق الموجودين ، وحق من يأتي من البطون ؛ فكان نظره للحاكم أو من يستنيبه الحاكم .

(ومن أطلق النظر) من الواقفين (للحاكم) فلم يعينه بكونه حنفياً أو مالكياً أو شافعياً أو حنبلياً (شمل) لفظ الحاكم (أي حاكم كان ، من أي مذهب) كان ؛ أي : سواء كان مذهب الحاكم مذهب حاكم البلد زمن الواقف أم لا ، وإن لم نقل بذلك ؛ لم يكن له نظر اذا انفرد ، وهو باطل اتفاقاً ، قاله الشيخ تقي الدين ، واقتصر عليه في «الفروع» .

(ويتجه) في إطلاق الواقف النظر للحاكم ، من غير تعيين أن يكون النظر لمن بالبلدة من الحكام جميعاً (ولو تعددوا) - أي : حكام البلد - (لا أنه) - أي : أمر النظر - ، يكون (للسلطان إذن) أي : حيث كان مطلقاً (إذ هم) - أي : الحكام المتعددون - (نوابه) - أي : السلطان - ، فيعمل بتوجيه سابق من أحدهم ، وليس للسلطان ولا غيره الاعتراض عليه ، ولا نقض توجيه صدر منه ؛ لأنه استفاد ذلك بإطلاق الواقف النظر ، وبكونه نائباً عن السلطان ، مأذوناً له في تعاطي سائر الأحكام ، وهذا منهـا (خلافاً لهما) أي : « للاقناع » و « المنتهى » القائلين في ذلك (تبعاً لجماعة) ، منهم ابن نصر الله ، وابن قندس ، فإنهما جزما بأن النظر يكون للسلطان مع التعدد ، وهو اتجاه مقبول ، لو ساعدته النقول[1] . وعبارة «الإقناع » : فإن تعدد الحكام ؛ كان للسلطان أن يوليه من شاء من المتأهلين . وقال صاحب «المنتهى » في شرحـــه : قال في « الإنصاف » : وقد أفتى الشيخ نصر الله الحنبلي ، والشيخ برهان الدين ولد صاحب « الفروع » « في وقف شرط واقفـــه أن النظر فيـــه لحاكم

---

(١) أقول : عبارة متن « المنتهى » يتمشى عليها ما بحثه المصنف كما صرح به الشيخ عثمان ، فقوله خلافاً لها غير ظاهر ، وأما «الاقناع» فظاهر ، وكذا مصنف « المنتهى » =

المسلمين كائناً من كان ؛ بأن الحكام إذا تعددوا ؛ يكون النظر فيه للسلطان ، يوليه من شاء من المتأهلين ، ووافق على ذلك القاضي سراج الدين البلقيني ، وشهاب الدين الباعوني ، وابن الهائم ، والتفهني الحنفي ، والبنساطي المالكي . (فلو ولى كل منهما) ـ أي : الحاكمين ـ ، أو الحكام المتعددين في بلد واحد (شخصاً ؛ صح ، وقدم السلطان أحقهما) ـ أي : الشخصين ـ ؛ لتعلق حق كل منهما بذلك ، إن اتحدا تاريخاً ، ولا يشتركان ، لأن كلاً منهما إنما ولي لينظر فيه على انفراده ، فكان أحقهما بذلك أولى ، قاله الشيخ تقي الدين : فإن استويا في الأحقية ؛ أقرع بينهما .

(ولو فوضه) ـ أي : النظر ـ (حاكم) لإنسان (لم يجز) لحاكم آخر (نقضه) قال في «شرح المنتهى» : ولعل وجهه أن الأصحاب قاسوا التفويض على حكم الحاكم قبله . انتهى . وقد ذكروا أن الحاكم له نصب ناظر وعزله . إلا أن يحمل ما هنا على ما إذا تعددت الحكام ، وما تقدم على ما إذا لم يكن إلا حاكم واحد ، بقرينة السياق . أو يقال النصب بمعنى التوكيل ، أو التفويض إسناده إليه على وجه يستقل به (بل ينظر) الحاكم (معه) ـ أي : مع المفوض له النظر ، حفظاً للوقف (وقال الشيخ) تقي الدين : (لا يجوز لواقف شرط نظر لذي مذهب معين دائماً)وهذا اختيار منه ، والصحيح خلافه .

(ومن شرطه) ـ أي : النظر ـ (لفلان ، فإن مات ففلان) بأن قال الواقف : النظر لزيد ، فإن مات فلعمرو مثلاً (فعزل) زيد (نفسه ، أو فسق) وقلنا : ينعزل (فكموته) لأن تخصيصه الموت خرج مخرج الغالب ؛ فلا يعتد بمفهومه ، وإن أسقط حقه من النظر لغيره ، فليس له ذلك ؛ لأنه إدخال في الوقف لغير أهله ، فلم يملكه ، وحقه باق . فإن أصر على عدم التصرف ؛ انتقل

= في شرحه حيث جزما بخلافه تبعاً لجماعة ، وهم المذكورون في شرحي «المنتهى» و«الاقناع» ، وبحث المصنف ظاهر وجار على القواعد . انتهى .

الى من يليه ، كما لو عزل نفسه ، فإن لم يكن من يليه ؛ أقام الحاكم مقامه ، كما لو مات . قال في شرح « الإقناع » هذا ما ظهر لي ، ولم أره مسطوراً ، وقد عمت البلوى بهذه المسألة. (و)إن شرط النظر (لأفضل أولاده) أو أولاد زيد ؛ فالنظر له – أي : للأفضل منهم ؛ عملاً بالشرط (فإن أبى) الأفضل القبول ؛ (فـ) النظر (لمن يليه) كأنه لم يكن. (ولو وليه)– أي:النظر (الأفضل،فحدث) من هو (أفضل منه ؛ انتقل) النظر (اليه) لوجود الشرط فيه (فإن استوى اثنان) في الفضل (اشتركا) في النظر .

(و)ان شرط النظر (لاثنين من أفاضل ولده) – أي : الواقف – (فلم يوجد إلا) فاضل(واحد) من أولاده (ضم إليه أمين) ينظر معه ؛ عملاً بشرط الواقف (وكذا) الحكم (لو جعله) – أي : النظر – (لاثنين غير مستقلين) لم يصح تصرف أحدهما دون الآخر بلا شرط واقف ، كالوكيلين والوصيين عن واحد (فلو مات أحدهما ، أو انعزل) ضم الى الحي أمين ينظر معه ، كالتي قبلها .

(وشرط في ناظر أجنبي) – أي : غير موقوف عليه – ، وكذا ان كان لبعض الموقوف عليهم إن كانت (ولايته من حاكم) كوقف على جماعة غير محصورين ، ولم يعين واقفه ناظراً ، ففوضه الحاكم إلى إنسان،(أو) كانت ولايته من (ناظر أصالة)؛أي: بجعل الواقف له ذلك،أو بدونه إن جاز للوكيل أن يوكل (إسلام)إن كان الموقوف عليه مسلماً،أو كانت جهة من جهات الإسلام ؛ كمسجد ومدرسة ورباط ونحوه ؛ لقوله تعالى : « ولن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلا »[1] فإن كان الوقف على كافر معين ؛ جاز شرط النظر فيه لكافر ، كما لو وقف على أولاده الكفار ، وشرط النظر لأحدهم ، أو غيرهم من الكفار ؛

---

(١) سورة النساء ،الآية : ١٤١

فيصح ، كما في وصية الكافر لكافر على كافر ، أشار اليه ابن عبد الهادي وغيره .

(و)شرط أيضاً في الناظر المشروط (تكليف) لأن غير المكلف لا ينظر في ملكه الطلق ، ففي الوقف أولى .

(و)شرط فيه أيضاً (رشد) لأن السفيه محجور عليه في تصرفاته في ماله ؛ فلا يتصرف في غيره .

(و)شرط فيه أيضاً (كفاية لتصرف ،وخبرة) – أي : علم – (به) –أي: التصرف (وقوة عليه) لأن مراعاة حفظ الوقف مطلوبة شرعاً ، واذا لم يكن المتصرف متصفاً بهذه الصفات لم يمكنه مراعاة حفظ الوقف ، ولا تشترط في الناظر الذكورية ؛ لأن عمر أوصى بالنظر لحفصة رضي الله عنها . (ويضم)لناظر (ضعيف) تعين كونه ناظراً ، بشرط واقف ، أو كون الموقوف عليه (قوي أمين) ليحصل المقصود،(و)إن كانت الولاية على الوقف من ناظر أصلي ؛ فلا بد من شرط ال(عدالة) فيه ؛ لأنها ولاية على مال ، فاشتوط لها العدالة ، كالولاية على مال اليتيم . فإن لم يكن الاجنبي المولى من حاكم أو ناظر أصلي عدلاً ؛ لم تصح ولايته لفوات شرطها وهو العدالة ، وأزيلت يده عن الوقف حفظاً له .

(فإن فسق منصوب حاكم) بعد أن كان عدلاً ؛ عزل (أو أصر متصرفاً بخلاف الشرط) الصحيح عالماً بتحريمه (عزل) من التولية ، وأزيلت يده عن الوقف ؛ لأن ما منع التولية ابتداء منعها دواماً (فإن عاد) الى أهليته (عاد حقه) من النظر المشروط له، كما لو صرح الواقف بأنه إذا عاد إلى أهليته عاد حقه (كوصي) عزل لمقتض ثم زال ؛ فيعاد .

(ويتجه) أنه إذا عاد إلى أهليته ؛ يعاد إلى النظر (ما لم يقرر) الحاكم شخصاً (غيره قبل) عوده ، فإن قرره قبل عوده ؛ لم يكن له إزالته بدون موجب شرعي ؛ لمصادفة تقريره محله . وهو متجه .(1)

---

(١) أقول : قال الجراعي: لأن تولية الثاني وقعت عند خلو الوقف من ناظر ، =

(و) إن ولي النظر أجنبي (من واقف) بأن شرطه له (وهو) - أي: الأجنبي - (فاسق أو) وهو عدل، ثم (فسق؛ يضم إليه أمين) لحفظ الوقف، ولم تزل يده؛ لأنه أمكن الجمع بين الحقين، ومتى لم يمكن حفظه منه؛ أزيلت ولايته، فإن مراعاة حفظ الوقف أهم من إبقاء ولاية الفاسق عليه.

(وإن كان النظر لموقوف عليه، إما بجعله) أي: الواقف النظر (له) أي: الموقوف عليه (أو لكونه) أي: الموقوف عليه (أحق) بالنظر (لعدم) تعيين (غيره؛ فهو) أي: الموقوف عليه (مع رشد أحق) بالنظر (مطلقاً) أي: عدلاً كان، أو فاسقاً، رجلاً أو امرأة، لأنه يملك الوقف، فهو ينظر لنفسه، (وإلا)، بأن كان الموقوف عليه غير رشيد، ولم يشرط النظر لغيره (فوليه) يقوم بالنظر مقامه؛ لأنه يملكه، فهو كملكه الطلق.

(ولو شرطه) أي: النظر (واقف لغيره) من موقوف عليه، أو أجنبي، ثم عزله (لم يصح عزله له) كإخراج بعض الموقوف عليهم (إلا إن شرط) الواقف (لنفسه، ولاية العزل) فإن شرط ذلك فله شرطه (و) إن شرط الواقف النظر (لنفسه ثم جعله) أي: النظر (لغيره، أو أسنده، أو فوضه) أي: النظر (اليه) بأن قال: جعلت النظر، أو فوضته، أو أسندته الى زيد (فله) أي: الواقف (عزله) أي: المجعول أو المسند أو المفوض اليه (لأنه نائبه) أشبه الوكيل

= وليس هو ممن شرط له النظر، ويتجه أيضاً في الموقوف على جماعة منحصرين من أولاد الواقف خصص النظر للأرشد، ففسق، فأثبت غيره الارشدية قبل عود أهليته، ووجه النظر له حكم به أنه لا يعود الى الاول، ولم أر من صرح بـه. انتهى. قلت: البحث كالصريح في كلامهم في مواضع؛ لأن المفهوم من شرح مصنف «المنتهى» أنه ينعزل بمجرد الفسق، كما قرره الشيخ عثمان، فعليه إن عاد الى عدالته لايعود لولايته، ولو لم يقرر غيره إلا بعقد جديد، وبحث الجراعي كذلك في كلامهم إشارة اليه، وهو قياس بحث المصنف، فتأمل. انتهى.

(ولناظر بأصالة كموقوف عليه) إن كان معيناً (وحاكم) فيما وقف على غير معين ، ولم يعين الواقف غيره (نصب) وكيل عنه (وعزله) لأصالة ولايته ، أشبه المتصرف في مال نفسه ، وتصرف الحاكم في مال يتيم .

(ويتجه) أن لكل من موقوف عليه وحاكم عزل وكيله (ولو بلا جنحة) وهو متجه .

وكونه له عزله (لأصالة نظره فهو)أي:من نصبه الناظر أو الحاكم (نائبه)؛ كما في المطلق ، وله الوصية لنظر ؛ لأصالة الولاية . قال الحارثي : (وللمستنيب عزل نائبه متى شاء) لأنه وكيله ، وللموكل أن يعزل وكيله متى شاء (وعليه) أي : على اعتبار أن النائب وكيل عن المستنيب (فلو فوضه) أي : النظر(حاكم) لشخص ، وعزل الحاكم لطرو فسق أو غيره ، أو مات (جاز) لحاكم (آخر نقضه) ـ أي : نقض ما فوضه ـ ؛ لأنه وكيل عنه ، ومتى عزل الأصيل ،أو مات ؛ عزل الوكيل . (خلافاً لهما) أي : لصاحب «الإقناع» و «المنتهى» (فيما يوهم) خلاف ذلك . وعبارة « الإقناع » : ولناظر — وهو الموقوف عليه — والحاكم نصب ناظر ، وعزله . وعبارة «المنتهى» : ولناظر بأصالة ، كموقوف عليه وحاكم ، نصب وعزل . فاقتصارهما على أن النصب والعزل للناظر والحاكم مشعر بأنه ليس لحاكم آخر نقض مـا فوضه حاكم قبله ، مع أن المقتضى خلاف ذلك ؛ لأن تفويض الناظر بالأصالة أو الحاكم ، إنمـا هو استنابة قائمة مقام التوكيل ، فإذا طرأ العزل على أحدهما ؛ فلمن له التولية بعده نقض ما فعله ، ولا يعارضه ما تقـدم ، من أنه لو فوض النظر حاكم ؛ لم يجز لآخر نقضه فإنـه هناك اذا كان التفويض مع تعدد الحكام ، وهنـا مع الانفراد ، فانتفى التعارض [1] .

---

(١) أقول : قول المصنف ويتجه ولو بلا جنحة صريح في كلامهم حيث قالوا عنه وكيل . وقوله خلافاً لهما فيما يوهم أي:فيما تقدم من قولهما فليس لحاكم آخر نقضه ؛ فانه =

(ولا ينصب) ناظر بشرط ؛ لأن نظره مستفاد بالشرط ، ولم يشترط النصب له ، ولو مات الناظر بالشرط في حياة الواقف ، لم يملك الواقف نصب غيره بدون شرط ، أي بدون شرط ولاية النصب لنفسه ، وانتقل الأمر الى الحاكم. وإن مات بعد وفاة الواقف ، فكذلك بلا نزاع .

(ولا يعزل ناظر بشرط) ناظر حيث أقامه هو. فقوله : ولا يعزل ، فيه نظر ظاهر ؛ إذ هو ممنوع من النصب أصالة ، فلا معنى لقوله : ولا يعزل ؛ إذ ليس "ثم" منصوباً يعزله .

(ولا يوصي) ناظر بشرط (به) ؛ أي: بالنظر. قال في «الإنصاف»: نص عليه في رواية الأثرم ؛ لأنه إنما ينظر بالشرط ، ولم يشرط الإيصاء له (مطلقاً) ؛ أي : سواء كان في مرض موته أو لا ، خلافاً للحنفية ، فانهم يوجبون العمل بوصيته بالنظر في مرض الموت (بلا شرط واقف) أما لو جعل له الواقف أن يوصي؛ صح إيصاؤه به ، وكذلك لو كان الموقوف عليه هو المشروط فالأشبه أن له النصب ؛ لأصالة ولايته ؛ إذ الشرط كالمؤكد لمقتضى الوقف عليه .

(ولو أسند) الواقف النظر (لاثنين) فأكثر ، من الموقوف عليهم أو غيرهم ، أو جعل النظر الحاكم أو الناظر الأصلي اليها (لم يصح تصرف أحدهما منفرداً) عن الآخر (بلا شرط) ، لأن الواقف لم يرض بواحد ، وإن لم يوجد الا واحد ، وأبى أحدهما ، أو مات ؛ أقام الحاكم مقامه آخر .

(وإن شرط) واقف (النظر لكل منهما) بأن قال : جعلت النظر لكل واحد منهما (أو) جعل (التصرف لواحد ، أو) جعل (اليد لآخر) صح ، (أو) جعل (عمارته) أي : الوقف ، (لواحد ، و) جعل (تحصيل ريعه لآخر ؛ صح) تصرف أحدهما منفرداً . واذا مات أحدهما ، أو أبى ؛ لم يحتج الى إقامة آخر ، واستقل الموجود منهما بالنظر ؛ لأن البدل مستغنى عنه ، واللفظ لا يدل عليه .

= يوم العموم حتى في هذه، ويحصل أيضا تعارض بين كلامها أولا وآخراً، وقد أجاب عن ذلك الشراح وأرباب الحواشي بما يطول ، فارجع اليه، وليس المراد من الايهام ماذكره شيخنا ، فتأمل . انتهى .

(فلو) تنازع ناظران غير مستقلين بالتصرف في نصب إمام، نصب أحدهما زيداً، والآخر عمراً؛ لم تنعقد ولاية الامامة لأحدهما، لانتفاء شرطها. وإن استقلا و (قررا في وظيفة) وسبق نصب أحدهما الآخر؛ انعقدت و (قدم الأسبق) منهما دون الثاني؛ لأن ولايته لم تصادف محلاً. (وإلا) بأن اتحد واستوى المنصوبان، (أقرع) بينهما، فمن قرع صاحبه قدم؛ لعدم المرجح.

(ويتجه) وجوب اتباع شرط الواقف فيما وظفه (فلا يجوز اشتراك) اثنين فأكثر (في) وظيفة واحدة، كإمامة أو خطابة ونحوهـا من (وظائف أوقاف حقيقية) كأوقاف التجار ونحوهم؛ كما لا يجوز جمع شخص واحد جملة من الوظائف في وقف، ويأتي. (بل) يجوز اشتراك اثنين فأكثر في وظيفة في أوقاف صورية (كأوقاف) الامراء و (الملوك) فإن أوقافهم من حيث الصورة، وأما في نفس الأمر؛ فهي للمسلمين. وأول من أحدث وقف أراضي بيت المـال على جهات الخير نور الدين الشهيد صاحب دمشق، ثم صلاح الدين يوسف صاحب مصر، لما استفتيا ابن أبي عصرون فأفتاهما بالجواز، على معنى أنه إرصاد وإفراز من بيت المـال على بعض مستحقيه، ليصلوا اليه بسهولة؛ لأنه وقف حقيقي؛ إذ من شرط الموقوف أن يكون مملوكاً للواقف، والسلطان ليس بمالك لذلك. ووافق ابن أبي عصرون على فتواه جماعة من علماء عصره، من المذاهب الأربعة. وحيث كانت هذه الأوقاف الصورية إفرازاً وإرصاداً؛ فللسلطان أو نائبه المفوض اليه التصرف في ذلك، أن يقيم وكيلاً عنه في التصرف في ذلك بإجارة وغيرها؛ كما في بقية الأحكام والتصرفات المتعلقة ببيت المال، ولا ريبة في صحة تصرف هذا الناظر المنصوب وكيلاً عمن له ولاية التصرف. وهذا الاتجاه في غاية اللطف[1].

---

(١) أقول: قول المصنف ويتجه فلا يجوز اشتراك في وظائف حقيقيـة لم أر من صرح به، وأقره الجراعي، وهو ظاهر؛ لانه مقتضى قولهم فلو قرر الخ ويؤخذ أيضاً =

(ولا نظر لحاكم مع ناظر خاص) أطلقه الأصحاب ، والشيخ تقي الدين (و) قال في «الفروع»: (ويتوجه) عدم النظر لغير الناظر (مع حضوره) في البلد ، أما اذا غاب الناظر (فيقرر حاكم في وظيفة خلت في غيبتـــه) لما فيه من القيام بلفظ الواقف في المباشرة ودوام نفعه ، فالظاهر أنه يريده ، ولا حجة في تولية الأئمة مع البعد لمنعهم غيرهم التولية ، فنظيره منع الواقف التولية لغيبة الناظر . (انتهى) . وعلى هذا لو ولي الناظر الغائب إنساناً ، وولى الحاكم آخر ؛ قدم الأسبق تولية منهما (لكن له) أي : الحاكم (النظر العام ، فيعترض عليه) أي : على الناظر الخاص (إن فعل ما لا يسوغ) له فعله ؛ لعموم ولايته (وله) أي : الحاكم (ضم أمين) الى الناظر الخاص (مع تفريطه أو تهمته ؛ ليحصل) بالأمين (المقصود) من حفظ الوقف ، واستصحاب يد من أراده الواقف . والظاهر أن الأول يرجع الى رأي الثاني ، ولا يتصرف إلا بإذنـــه ؛ ليحصل الغرض من نصبه . وكذا اذا ضم الى ضعيف قوي معاوناً له ، فلا تزال يد الأول عن المال، ولا نظره، والأول هو الناظر دون الثاني، هذا قياس ما ذكره في الموصى له (ولا اعتراض لأهل الوقف على ناظر أمين) ولاه الواقف، ولهم مسألته عما يحتاجون الى علمه من أمر وقفهم، حتى يستوي علمهم وعلمه فيه (ولهم) أي : أهل الوقف (المطالبة بانتساخ كتاب الوقف) . لتكون نسخته في أيديهم وثيقة لهم .

(وللنـــاظر الاستدانة عليــه) أي : على الوقف (بلا إذن حاكم لمصلحة ؛ كشراء للوقف نسيئة ، أو شراء بنقد لم يعينه) قال في « الفروع » : ويتوجه في قرضه مالاً كولي (وعليه) أي : على الناظر ، سواء كان الحاكم أو

= من النظائر، وأما قوله: بل الخ هذا صريح في كلامهم ، وقول شيخنا كما لا يجوز الخ غير ظاهر ؛ فان في « الاقناع » وشرحه ما هو صريح بخلافه حيث أمكن الجمع ، فارجع اليه ، وتأمل . انتهى .

غيره (نصب) جاب (مستوف للعمال) على الوقف (المتفرقين) وظائفه القائمين بها، وله أن يفرض لكل على عمله ما يستحقه مثله، في كل مال يعمل فيه بمقدار ذلك المال الذي يعمل فيه، (إن احتيج اليه) - أي : المستوفي - أو لم تتم مصلحة الا به، فإن لم يحتج اليه وتمت المصلحة بدونه لقلة الأعمال، ومباشرته الحساب بنفسه ؛ لم يلزمه نصبه، ولهذا كان صلى الله عليه وسلم في المدينة يباشر الحكم واستيفاء الحساب بنفسه، ويولي مع البعد، ذكره الشيخ تقي الدين.

(واذا قام المستوفي بما عليه) من العمل (استحق ما فرض له) وان لم يقم به ؛ لم يستحقه، ولم يجز أخذه (ولولي الأمر نصب ديوان) يكون مستوفياً (لحساب أموال الأوقاف) عند المصلحة ؛ كما له نصب دواوين لحساب (الأمور السلطانية) كالفيء وغيره، مما يؤول الى بيت المال من تركات ونحوها .

(فصل : ووظيفة ناظر حفظ وقف، وعمارته، وإيجاره، وزرعه، ومخاصمة فيه، وتحصيل ريعه من أجرة أو زرع أو ثمر، والاجتهاد في تنميته، وصرفه في جهاته) بما تحصل به تنميته (من عمارة، وإصلاح، وإعطاء مستحق) وتقدم في الوكالة ؛ يقبل قول الناظر المتبرع في دفع المستحق، وإن لم يكن متبرعاً ؛ لم يقبل قوله إلا ببينة. قال في شرح «الإقناع» ولا يعمل بالدفتر الممضى المعروف في زمننا بالمحاسبات، في منع مستحق ونحوه، إذا كان بمجرد إملاء الناظر والكاتب على ما اعتيد في هذه الأزمنة . وقد أفتى به غير واحد في عصرنا .

(ونحوه) كشراء طعام وشراب شرطه الواقف ؛ لأن الناظر هو الذي يلي الوقف، وحفظه وحفظ ريعه، وتنفيذ شرط واقفه، وطلب الحظ مطلوب فيه شرعاً، فكان ذلك الى الناظر .

(وله) - أي : الناظر - (وضع يده عليه) - أي : الوقف -، وعلى ريعه (و) له (التقرير في وظائفه) ذكروه في ناظر المسجد، فينصب من يقوم بوظائفه، من امام ومؤذن وقيم وغيرهم ؛ كما أن للناظر الموقوف عليه نصب من يقوم بمصلحة الوقف، من جاب وحافظ . قاله الحارثي . ومتى امتنع من نصب

من يجب نصبه ؛ نصبه الحاكم ؛ كولي النكاح إذا عضل ، وإن طلب على النصب جعلًا ؛ سقط حقه ، وقرر الحاكم من فيه أهلية . وليس لمتكلم على وقف ، من ناظر وغيره ، تقرير نفسه ، أو من لا تقبل شهادته له ؛ كولده ونحوه ، في شيء من وظائف الوقف ؛ لأنهم كهو ؛ ولذلك لا تصح إجارته له ولا لهم ؛ كما تقدم في الوكالة ، وكذا لا يجوز مع كونه ناظراً أن يكون شاهداً لوقف ، ولا مباشراً فيه ، ولا أن يتصرف بغير مسوغ شرعي ، أفتى بذلك ابن النجار.

(ولا يتوقف الاستحقاق) [على نصبه] ـ أي : الناظر ، ولا الإمام ، (الا بشرط) من الواقف ، فإن شرط الواقف في الصرف نصب الناظر للمستحق ؛ كالمدرس والمعيد والمتفقهة بالمدرسة مثلًا ؛ فلا اشكال في توقف الاستحقاق على نصب الناظر له ، عملًا بالشرط ، وإلا يشرط الواقف نصب الناظر للمستحق ، بل قال : ويصرف الناظر الى مدرس أو معيد أو متفقهة بالمدرسة ؛ فلا يتوقف الاستحقاق على نصب ناظر ولا امام . (فلو انتصب بمدرسة مدرس أو معيد وأذعن له) الطلبة (بالاستفادة ، وتأهل لذلك ؛ استحق ، ولم ينازع) لوجود الوصف المشروط ؛ لأن الإجازة من الشيخ غير شرط في جواز التصدي للاقراء والإفادة ، فمن علم من نفسه الأهلية ؛ جاز له ذلك ، وإن لم يجزه أحد ، وعلى ذلك السلف ، وكذلك في كل علم ، وفي الإقراء والإفتاء ، خلافاً لما يتوهمه الأغبياء من اعتقاد كونها شرطاً . قال السيوطي في « الإتقان » : ولا يجوز أخذ المال في مقابلتها اجماعا ، بل إن علم أهليته ؛ وجب عليه الإجازة ، أو عدمها ؛ حرم عليه ، قال : وادعى ابن خير الإجماع على أنه ليس لأحد أن ينقل حديثاً عن النبي صلى الله عليه وسلم ما لم يكن له به رواية — ولو بالإجازة — انتهى . (وكذا لو أقام بها) أي : المدرسة (طالب متفقهاً) ولو لم ينصبه ناصب استحق ؛ لوجود التفقه (وكذا) لو شرط الصرف المطلق الى (امام) مسجد (ونحو مؤذنه) كقيمه فأم امام ، ورضيه الجيران أو أذن فيه مؤذن ، أو قام

بخدمة المسجد قائم ؛ كان مستحقاً ؛ لوجود الشرط (ومع شرط واقف نحو ناظر) كأمين (ومدرس ومعيد وإمام لم يجز قيام شخص) واحد بالوظائف كلها (ولو أمكنه جمع بينها) صرح به القاضي في خلافه الكبير (خلافاً للشيخ) تقي الدين ؛ فإنه قال : إن أمكن الناظر أن يجمع بين الوظائف لواحد فعل (و) قال (في «الأحكام السلطانية») و (لا) يجوز أن (يؤم) في المساجد السلطانية وهي (الجوامع الكبار إلا من ولاه السلطان أو نائبه) لئلا يفتأت عليه فيما وكل اليه ، وإن ندب له إمامين ، وخص كلاً منهما ببعض الصلوات الخمس؛ جاز؛ كما في تخصيص أحدهما بصلاة النهار والآخر بصلاة الليل ، فإن لم يخصص فهما سواء وأيهما سبق كان أحق ، ولم يكن للآخر أن يؤم في تلك الصلاة بقوم آخرين وإن حضرا معاً وتنازعا ؛ أقرع بينهما ؛ اذ لا مزية لأحدهما على الآخر (ويستنيب)من ولاه السلطان أو نائبه (إن غاب) ويصير نائبه أحق لقيامه مقامه ، وإن غاب ولم يقم نائباً ؛ فيقدم من رضيه أهل المسجد ؛ لتعذر إذنه (وما بناه أهل الشوارع والقبائل من المساجد فالإمامة لمن رضوه) لا اعتراض عليهم في أئمة مساجدهم (فإن تعذر) اتفاقهم على واحد (فلرئيس القرية) نصب امام عدل ؛ لأنه محل حاجة، وقدنص أحمد على مثله (وليس لهم بعد الرضا) به والإتفاق عليه (عزله) عن إمامته ؛ لأن رضاهم به كالولاية ، فلم يجز صرفه (ما لم يتغير حاله) بنحو فسق أو ما يمنع الإمامة (لكن يستنيب ان غاب) قاله في الأحكام السلطانية ؛ لأن تقديم الجيران له ليس ولاية ، وإنما قدم لرضاهم به ، ولا يلزم من رضاهم به الرضى بنائبه كما في الوصي بالصلاة على ميت ، بخلاف من ولاه الناظر أو الحاكم ؛ لأن الحق صار له بالولاية ، فجاز أن يستنيب (وأقل ما يعتبر في هذا الإمام) الذي نصبه جيران المسجد أو رئيس القرية (العدالة) ظاهراً وباطناً (والقراءة الواجبة) في الصلاة (والعلم بأحكام الصلاة) وما يعتبر بها من صحة وفساد (قال الحارثي) : فجعل نصب الإمام في هذا النوع

لأهل المسجد أي : جيرانه (والأصح أن للامام النصب أيضاً) لأنه من الأمور العامـــة (لكن لا ينصب إلا برضى الجيران) عبارته لا ينصب إلا من يرضاه الجيران (وكذا ناظر خاص، فلا ينصب من لا يرضونه) أي : الجيران ؛ لما في كتاب أبي داود وابن ماجه عن عبد الله بن عمرو : « أن رسول الله صلى الله عليه وسلم كان يقول : ثلاثة لا يقبل الله منهم صلاة ، من تقـدم قوماً وهم له كارهون » . وذكر بقية الخبر ، وقال الحـارثي أيضاً ما معناه : ظاهر المذهب ليس لأهل المسجد مع وجود إمام أو نائبه نصب ناظر في مصالحه ووقفه كما في غير المسجد ، فإن لم يوجد القاضي كالقرى الصغار والأماكن النائية ، أو وجد وكان غير مأمون أو وجـد وهو مأمون ، لكنه ينصب غير مأمون ؛ فلأهله النصب ؛ تحصيلا للغرض ، ودفعاً للمفسدة ، وكذا ما عدا المسجد من الأوقاف لأهله نصب ناظر فيه كذلك ؛ أي : لعدم وجود القاضي المأمون ناصباً لمأمون.

قال في «الإنصاف »: (ويجب أن يولى في الوظائف وإمامة المساجد الأحق شرعاً) وأن يعمل بما يقدر عليه من عمل واجب ، وقال في «الأحكام السلطانية»: الإمامة بالناس طريقها الأولى لا الوجوب ، بخلاف ولاية القضاء والنقابة ؛ لأنه لو تراضى الناس بإمام يصلي لهم صح (وليس للناس أن يولوا عليهم الفساق) سواء كانت الولاية خاصة أو عامة قال في «المبدع» : والحاصل إن كان النظر لغير موقوف عليه ، وكانت ولايته من حاكم أو ناظر فلا بد فيه من شرط العدالة ، وإن كانت ولايته [من] واقف وهو فاسق ، أو عدل ففسق ؛ صح ، وضم اليه أمين (ومن قرر) بالبناء للمفعول (بوظيفة على وفق الشرع حرم) على ناظر وغيره (صرفه عنها بلا موجب شرعي) يقتضي ذلك كتعطيله القيام بها وفسق ينافيها ، وله الاستنابة ولو عينه واقف (ومن لم يقم بوظيفة بدل) بالبناء للمفعول ؛ أي : غيره من له الولاية (بمن يقوم بها) تحصيلا لغرض الواقف (إن لم يتب ويلتزم

الواجب) قبل صرفه، قال في «النكت» : ولو عزل من وظيفة للفسق ، ثم تاب لم يعد اليها . انتهى . وإن قصر فترك بعض العمل لم يستحق ما قابله ، وإن زاد على العمل المشروط لم يستحق شيئاً على الزيادة، (وقال الشيخ) تقي الدين : (من وقف) وقفاً (على مدرس وفقهاء فلناظر ثم حاكم تقدير أعطيتهم) [فلو زاد النماء فهو لهم] وليس تقدير الناظر أمراً حتماً كتقدير الحاكم بحيث لا يجوز له أو لغيره زيادته ونقصه لمصلحة ، وقريب منه تغيير أجرة المثل ونفقته وكسوته؛ لأنه يختلف باختلاف الأزمان والأحوال ، وليس من نقض الاجتهاد ، بل عمل بالاجتهاد الثاني لتغير السبب ، وإن قيل إن المدرس لا يزاد ولا ينقص بزيادة النماء ونقصه للمصلحة كان باطلا ؛ لأنه لهم (والحكم بتقديم مدرس أو غيره باطل لم نعلم أحداً يعتد به قال به) ولا بما يشبهه (ولو نفذه حاكم). وبطلانه لمخالفته الشرط والعرف أيضا (لأنه انما يجوز أن ينفذ) الحاكم (حكم من هو أهل) للحكم كالمجتهد ؛ لأنه (لحكمه مساغ ، والضرورة وإن ألجأت الى تنفيذ حكم المقلد ، فإنما هو) أي : التنفيذ يسوغ (اذا وقف) المقلد (على حد التقليد) ولم يتجاسر على قضية لو نزلت على عمر لجمع لها أهل الشورى (و) إنما كان الحكم بالتقديم باطلا (لأنـــه حكم) على ما سيوجد ؛ فهو كحكم الحاكم (في غير محل ولاية) فوض اليه (الحكم) بها فلا ينفذ حكمه (ولأن النماء لم يخلق بعد ، وانما قدم القيم ونحو إمام ومؤذن ؛ لأن ما يأخذه أجرة عمله ، ولهذا يحرم أخذه فوق أجرة مثله بلا شرط ، بخلاف مدرس ومعيد وفقهاء) أي: متفقهة (فإنهم من جنس واحد ، ولهذا كان القياس أن يسوى بينهم) قال في « الفائق » : ولو شرط على مدرس أو فقهاء وإمام ؛ فلكل جهة الثلث. أي : (وان تفاوتوا في المنفعة كالجيش) فإن فيه المقاتلة وغيرهم مع أنهم (في المغنم) سواء (لكن دل العرف على التفضيل و) قال الشيخ تقي الدين أيضاً (لو عطل مغل) وقف (مسجد سنة ، قسطت أجرة مستقبلة عليها) أي: على السنة التي تعطل مغلها (وعلى)

السنة (الماضية) التي لم يتعطل مغلها لتقويم الوظيفة فيها؛ لأنه خير من التعطيل، ولا ينقص الإمام بسبب تعطل الزرع بعض العام (و) قال (في «الفروع») فقد أدخل يعني الشيخ تقي الدين مغل سنة في سنة، وقد (أفتى غير واحد منا)؛ أي: الحنابلة (في زمننا فيما نقص عما قدره الواقف كل شهر أنه يتمم مما بعده) وحكم به بعضهم بعد سنين انتهى.
وفي فتاوى الشيخ تقي الدين: اذا وقف على مصالح الحرم وعماوته؛ فالقائمون بالوظائف التي يحتاج اليها المسجد من التنظيف والحفظ والفرش وفتح الأبواب وإغلاقها ونحو ذلك يجوز الصرف اليهم (وما يأخذه الفقهاء من الوقف فكرزق من بيت المال) وما يؤخذ من بيت المال رزق (للاعانة على الطاعة والعلم، لا كجعل، أو)؛ أي: (لا) كـ(أجرة) على أصح الأقوال الثلاثة. اختاره الشيخ تقي الدين، وجزم به في «التنقيح»، ولذلك لا يشترط العلم بالقدر، وينبني على هذا أن القائل بالمنع من الاجرة على نوع القرب لا يمنع من أخذ المشروط في الوقف. قاله الحارثي في الناظر (وكذا ما وقف على أعمال بر وموصى به ومنذور له) ليس كالأجرة والجعل انتهى. وقال القاضي في خلافه: ولا يقال إن منه ما يؤخذ أجرة عن عمل كالتدريس ونحوه؛ لأنا نقول أولاً: لا نسلم أن ذلك أجرة محضة، بل هو رزق واعانة على العلم بهذه الأموال، وهذا موافق لما قاله الشيخ تقي الدين.
في «شرح المنتهى» قلت: وعلى الأقوال الثلاثة حيث كان الاستحقاق بشرط، فلا بد من وجوده انتهى. وهذا في الأوقاف الحقيقية، وأما الأوقاف التي من بيت المال كأوقاف الأمراء أو الملوك فليست بأوقاف حقيقة، وإنما هي أوقاف بالصورة، فكل من له الأكل من بيت المال له التناول منها – وإن لم يباشر المشروط – كما أفتى به صاحب «المنتهى» موافقة للشيخ الرملي وغيره في وقف جامع طولون ونحوه، وفي «الينبوع للسيوطي» فرع: نذكر ما ذكره أصحابنا الفقهاء في الوظائف المتعلقة بأوقاف الامراء والسلاطين كلها، إن كان لها أصل من

بيت المال ، أو ترجع اليه ؛ فيجوز لمن كان بصفة الاستحقاق من عالم للعلوم الشرعية وطالب العلم كذلك ، وصوفي على طريقة الصوفية من أهل السنة أن يأكل مما وقفوه غير متقيد بما شرطوه ، ويجوز في هذه الحالة الاستنابة لعذر وغيره ، ويتناول المعلوم وإن لم يباشر ، ولا استناب ، ومن لم يكن بصفة الاستحقاق من بيت المال ، لم يحل الأكل من هذا الوقف ـ ولو قرره الناظر وباشر للوظيفة ـ لأن هذا من بيت المال لا يتحول عن حكمه الشرعي بجعل أحد انتهى. (وقال الشيخ) تقي الدين أيضاً (من أكل المال بالباطل، قوم لهم رواتب أضعاف حاجاتهم) [أي: من بيت المال (وقوم لهم جهات معلومها كثير يأخذونه ويستنيبون) في الجهات (بيسير) من المعلوم ؛ لأن هذا خلاف غرض الواقفين. وقال الشيخ تقي الدين (والنيابة في مثل هذه الأعمال المشروطة)] من تدريس وإمامة وخطابة وأذان وغلق باب ونحوها (جائزة ولو عينه الواقف) وفي عبارة أخرى له: ولو نهى الواقف عنه (اذا كان النائب مثل مستنيبه) في كونه أهلاً لما استنيب فيه (ولا مفسدة) راجحة انتهى. وجواز الاستنابة في هذه الأعمال كالأعمال المشروطة في الإجارة على عمل في الذمة كخياطة الثوب وبناء الحائط .

(فصل: ولو أجر ناظر الوقف) العين الموقوفة (بأنقص من أجرة مثل صح) عقد الإجارة (وضمن) الناظر (نقصاً لا يتغابن به) في العادة إن كان المستحق غيره ؛ لأنه يتصرف في مال غيره على وجه الحظ ، فضمن ما نقصه بعقده كالوكيل إذا باع أو أجر بدون ثمن أو أجر المثل .

(ولا تفسخ) الإجارة حيث صحت (لو طلب) الوقف (بزيادة) عن الأجرة الأولى ، وإن لم يكن فيها ضرر ؛ لأنها عقد لازم من الطرفين . قال «المنقح» (ومن غرس أو بنى) لنفسه (فيما هو وقف عليه وحده فهو) أي : الغراس أو البناء له ، أي : الغارس أو الباني (محترم) لأنه وضعه بحق. قال في

شرح «الاقناع» : فلو مات ، وانتقل الوقف لغيره ؛ فينبغي أن يكون كغرس وبناء مستأجر انقضت مدته [(وإن كان) الغارس أو الباني (شريكاً) في الوقف؛ بأن كان على جماعة ، فغرس] فيه أحدهم ، أو بنى ، فغرسه وبناؤه له ، غير محترم فيقلع (أو) كان (له النظر فقط) دون الاستحقاق وغرس أو بنى في الوقف فغرسه أو بناؤه (غير محترم ، فيقلع) وليس له إبقاؤه بغير رضى أهل الوقف (ان أشهد ، ويتوجه) إن غرس أو بنى [موقوف عليه أو ناظر وقف (أن له ان أشهد) أنه غرسه أو بناه] له (وإلا) بأن لم يشهد أنه له فغرسه وبناؤه (للوقف) تبعاً للأرض .

(ولو غرسه) الناظر أو بناه (للوقف أو من مال الوقف ، فهو وقف ، ويتوجه في غرس أجنبي) ومثله بناؤه ، والمراد بالأجنبي غير الناظر والموقوف عليه (أنه للوقف بنيته)انتهى . والتوجيهان لصاحب « الفروع » . قال الشيخ تقي الدين : يد الوقف ثابتة على المتصل به ، ما لم تأت حجة تدفع موجبها كمعرفة كون الغارس غرسها له بحكم اجارة أو إعارة أو غصب ، ويد المستأجر على المنفعة، فليس له دعوى البناء بلا حجة. ويد أهل عرصة مشتركة ثابتة على ما فيها بحكم الاشتراك ، إلا مع بينة باختصاصه ببناء ونحوه (وينفق) الناظر (على) موقوف (ذي روح) كالرقيق والخيل (بما عين واقف) الإنفاق منه رجوعاً الى شرط الواقف (فإن لم يعين) الواقف محلا للنفقة ؛ فنفقته (من غلته) لأن الوقف اقتضى تحبيس أصله وتسبيل منفعته ، ولا يحصل ذلك الا بالإنفاق عليه ، فكان ذلك من ضرورته (فإن لم يكن) له غلة لضعفه ونحوه؛ فنفقته (على موقوف عليه معين) لأنه ملكه (فإن تعذر) الإنفاق عليه من الموقوف عليه لعجزه أو غيبته ونحوهما(بيع)الموقوف(وصرف ثمنه في مثله) لكن غير ذي روح (يكون وقفاً) لمحل الضرورة إن لم يمكن إيجاره(فإن أمكن إيجاره كعبد أو فرس ،أوجر) مدة (بقدر نفقته)لاندفاع الضرورة المقتضية للبيع بذلك (ونفقة ما) أي: حيوان(على

غير معين كفقراء و مسجد، من بيت المال) لأن الإنفاق هنا من المصالح (فإن تعذر) الأخذ من بيت المال (بيع) الموقوف ، وصرف ثمنه في عين أخرى (كما تقدم) فيما اذا كان على معين ، وتعذر الإنفاق عليه بكل حال ، وإن مات العبد الموقوف فمؤنة تجهيزه على من تلزمه نفقته (وإن كان) الموقوف (عقاراً) واحتاج لعمارة (لم تجب عمارته) على أحد (مطلقاً) سواء كان على معين أو لا (بلا شرط) من واقفه (كالطلق) ذكره الحارثي وغيره، مع أنه قال بعد في عمارة الوقف: تجب إبقاءاً للأصل ليحصل دوام الصدقة ، وهو معنى قول الشيخ تقي الدين: تحت عمارة الوقف بحسب البطون (فإن شرطها) أي :العمارة واقف (عمل به) أي : بالشرط على حسب ما شرط ؛ لوجوب اتباع شرطه ، سواء شرط البداءة بالعمارة أو تأخيرها ، فيعمل بما شرط ، لكن إن شرط تقديم الجهة عمل به . قال الحارثي : ما لم يؤد الى التعطيل ، فإذا أدى اليه ؛ قدمت العمارة حفظاً لأصل الوقف ،وقال: اشتراط الصرف الى الجهة في كل شهر كذا، في معنى اشتراط تقديمه على العمارة ، ومع الإطلاق تقدم على أرباب الوظائف (وأما نحو مسجد ومدارس)وزوايا (فتقدم عمارة على أرباب وظائف مطلقاً)سواء شرط البداءة بالعمارة أو بالجهة الموقوف عليها ، أو لم يشرط شيئاً . قال المنقح (ما لم يفض) تقديم العمارة (الى تعطيل مصالحه فيجمع بينهما) أي : بين العمارة وأرباب الوظائف (حسب الإمكان) لئلا يتعطل الوقف أو مصالحه .

(ويتجه هذا) الجمع بين العمارة وأرباب الوظائف فيما اذا احتيج الى (عمارة شرعية ، كحائط مسجد)ومدرسة (وسقفه) أي : المسجد أو المدرسة فيعاد ذلك (بلا تزويق) بنقش وصبغ و كتابة وغيره مما يلهي المصلي عن صلاته غالباً ؛ لأنه مكروه ، ومثله التجصيص . وقال في الشرح : ويكره تجصيص المساجد وزخرفتها ؛ لما روي عن عمر بن الخطاب قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : « ما ساء عمل قوم قط الا زخرفوا مساجدهم » رواه ابن ماجه .

وعن ابن عباس قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « ما أمرت بتشييد المساجد » رواه أبو داود. وأما إعادة الحائط به؛ أي: التزويق (أو) إعادة (مأذنة مرتفعة) انهدمت كلها أو غالبها (فلا يجوز) إعادتها (من مال الوقف) إذ المنارة غير ضرورية للمسجد ، ويمكن الاستغناء عنها بالأذان على محل مرتفع من سطح أو غيره ، فإن أنفق على التزويق أو إعادة المنارة من مال الوقف ، أو أنفق على ذلك من (بيت مال) المسلمين ؛ حرم عليه (ويضمن) بدل ما أنفقه للجهة الموقوف عليها أو لبيت المال وهو متجه [1] .

(ولو احتاج خان) مسبل أو احتاجت (دار موقوفة) وقفت (لسكنى نحو حاج) كعابري سبيل (وغزاة الى مرمة، أوجر) بالبناء للمفعول (منه) أي : من ذلك الموقوف جزء (بقدر ذلك) أي : بقدر ما يحتاج الى مرمته بقدر الضرورة ، والظاهر أنه يؤجر منه ذلك جوازاً ؛ لأن العمارة لا تجب إلا بشرط من الواقف ، وعلم منه أنه لا يجوز أن يؤجر أكثر من قدر الحاجة .

(ويتجه) أن يؤجر جزءاً من ذلك لإصلاح الباقي (إن تعذر) الإنفاق على ذلك من (بيت المال) ، فإن أمكن الإنفاق من بيت المال ؛ امتنع صحة

---

(١) أقول : قال الجراعي : ولكن يتجه لو تشققت ؛ أي : المنارة واحتاجت إلى مرمة أنها ترم وتعاد بقدر الحاجة، لا كما كانت ، وما ذكره في المنارة فيه نظر إذا احتيج إليها ؛ فهي حينئذ كحائط وسقف المسجد ، وربما يكون الاحتياج اليها أكثر من ذلك . انتهى . قلت : بحث المصنف صريح في كلامهم ، ومراده بقوله : أو منارة؛ أي : إحداث منارة مرتفعة ؛ لأن ارتفاعها ليس ضرورياً للمسجد ، وأما إحداثها بقدر الحاجة أو إصلاحها اذا تشققت أو انهدمت؛ فهذا جائز كما هو مصرح به ، فما قرره شيخنا غير ظاهر ، وكذا تنظير الجراعي ؛ إذ ليس في كلام المصنف ما يخالف ماقرره ، فتأمل . انتهى .

إيجار شيء منه ، وهو متجه[1]. (وتسجيل كتاب الوقف منه) كالعادة. ذكره الشيخ تقي الدين.

تتمة: قال الشيخ تقي الدين: لو عمر وقفاً بالمعروف؛ فله أخذ من غلته ، وقال أيضاً: ولو وقف مسجداً ، أو شرط إماماً وستة قراء وقيماً ومؤذناً ، وعجز الوقف عن تكميل حق الجميع ، ولم يرض الإمام والمؤذن والقيم إلا بأخذ جامكية مثلهم ؛ صرف للامام والمؤذن والقيم جامكية مثلهم مقدمة على القراء ؛ فإن هذا هو المقصود الأصلي انتهى . وهذه المسألة هي المشهورة الآن بتقديم أرباب الشعائر .

(فصل: من وقف على ولده) ثم المساكين ، أو على أولاده ثم المساكين ، أو وقف على (ولد غيره) أو على أولاد غيره (ثم) على (المساكين ؛ دخل موجود) من أولاده (إذن) ؛ أي : حال الوقف فقط . نص عليه .

(ويتجه) دخول موجود حال الوقف ، (ولو) كان الموجود (حملاً) ، ولا يستحق من ريع الوقف إلا بعد انفصاله ؛ لأنه لا يسمى ولداً قبله ، فيستحق من ثمر وزرع ، كمشتر . نقله المرّوذي ، وقطع به في « المغني » وغيره ، وهو متجه .

(لأنثى) من أولاده وخنثى (كذكر) ؛ لأن الولد يقع على الواحد والجمع ، والذكر والأنثى ، كما قاله أهل اللغة . ويكون بينهم بالسوية ، لأنه جعله لهم ،

---

(١) أقول : قال الجراعي : وهو مقيس على الوقف على غير معين ، كالمساكين والفقهاء ، فان نفقة ذلك تجب في بيت المال ، فان تعذر أوجر ، فان تعذر بيع ؛ إذ لافرق يظهر لمن تأمل . انتهى. قلت : لم أر من صرح به ، وهو ظاهر تقتضيه القواعد لما مر في الجهاد ؛ لأن هذا الوقف من المصالح العامة وبيت المال للمصالح ، فحيث احتيج العمارة فمن بيت المال ، ولا يؤجر لأجل ذلك لما فيه من تعطيل النفع العام ، وربما يكون نفعه ضرورياً للناس ، فيحمل قولهم أوجر الخ على تعذر بيت المال ، ولعله المراد لهم هنا ، فتأمل . انتهى .

وإطلاق التشريك يقتضي التسوية ؛ كما لو أقر لهم بشيء . وكولد الأم في الميراث . ولا يدخل فيهم المنفي بلعان؛لأنه لا يلحقه كولد زنا ؛ ثم لا فرق بين صيغة الولد أو الأولاد في استقلال الموجود منهم في الوقف ، واحداً كان أو اثنين أو أكثر ؛ لأن علم الواقف بوجود ما دون الجمع دليل إرادته من الصيغة، و(لا) يدخل ولد (حادث) للواقف؛ بأن حملت به أمه بعد صدور الوقف منه. قدمه في « الرعايتين» و «الحاوي الصغير» و « النظم » وقطع به في « التنقيح» وتبعه في «المنتهى» . (خلافاً له) ـ أي : لصاحب « الاقناع» ؛ ـ فإنه قال : وإن حدث للواقف ولد بعد وقفه ؛ استحق كالموجودين . والمعتمد ما قاله المصنف . ومحل ذلك (ما لم يقل) الواقف : وقفت كذا على ولدي (ومن يولد لي) ، فإن قال ذلك ، دخل من كان موجوداً حال الوقف ، ومن يحدث بعده [1] ، (و)دخل أيضاً في الوقف على ولده ، أو أولاده، أو أو ولد غيره ، أو أولاده . (ولد) بنيه (الموجودين تبعاً) ، سواء (وجدوا) ـ أي : ولد البنين ـ (حالة وقف أو لا كوصيته) لولد فلان، فيدخل فيه أولاده الموجودون حال الوصية،وأولادبنيه ، وجدوا حال الوصية أو بعدها ، قبل موت الموصي، لا من وجد بعد موته ، ما لم تكن قرينة تصرفه عن ذلك .

(لكن لا يدخل ولد بنات) في الوقف على الولد ؛ لأنهم لا ينسبون اليه، بل الى آبائهم . قال تعالى : « ادعوهم لآبائهم [2]» . قال المرّوذي: قلت لأبي

---

(١) أقول : قول المصنف : ولو حملا هذا صريح في كلام م ص وغـيره ، وقوله لا حادث خلافاً له . فيه ما قاله المحقق الشيخ عثمان في حاشيته عما في الاقناع ، وهي رواية في المذهب ، والعمل بها أولى نظراً الى عرف الناس ، فان الواقف لايقصد حرمان ولده المتجدد ، بل هو عليه أشفق لصغره وحاجته ، ولهذا كان بعض مشايخنا النجديين يختار العمل بذلك ويعده مما يقدم فيه الاقناع على المنتهى ، فتدبر . انتهى .

(٢) سورة الاحزاب ، الآية : ٥

عبد الله ، ما تقول في رجل وقف ضيعة على ولده، فمات الأولاد وتركوا النسوة حوامل ؟ فقال : كل ما كان من أولاد الذكور بنات كن أو بنين ؛ فالضيعة موقوفة عليهم ، ومـا كان من أولاد البنات ؛ فليس لهم فيه شيء ؛ لأنهم من رجل آخر ، ووجه ذلك قوله تعالى : « يوصيكم الله في أولادكم[1] » . دخل فيه ولد البنين وإن سفلوا ؛ ولما قال تعالى : « ولأبويه لكل واحد منهما السدس مما ترك إن كان له ولد[1] » تناول ولد البنين ، فالمطلق من كلام الآدمي اذا خلا عن قرينة ؛ ينبغي أن يحمل على المطلق من كلام الله تعالى ، ويفسر بمـا يفسر به، ولأن ولد الولد ولد ، بدليل قوله تعالى :« يا بني آدم[2] » و « يا بني اسرائيل[3] » . وقال النبي صلى الله عليه وسلم : « أرموا بني اسماعيل فإن أباكم كان رامياً » وقالوا : « نحن بنو النضر بنو كنانة » ، والقبائل كلها تنسب الى جدودها ، ولأنه لو وقف على ولد فلان – وهم قبيلة – دخل فيه ولد البنين ، فكذلك اذا لم يكونوا قبيلة ؛ وإنمـا يسمى ولد الولد ولداً مجازاً ، ولهذا يصح نفيه ، فيقال: ما هذا ولدي ، فأما ولد البنات فلا يدخلون بغير خلاف ؛ لأنهم لم يدخلوا في قوله تعالى : «يوصيكم الله في أولادكم[1]» قال الشاعر :

بنونا بنو أبنائنا وبناتنا   بنوهن أبناء الرجال الأباعد

(ويستحقونه) ؛ أي : يستحق أولاد البنين الوقف (مرتباً) بعد آبائهم (وإن سفلوا) لكن يحجب أعلاهم أسفلهـم (كقوله) وقفته على أولادي (بطناً بعد بطن أو نسلاً بعد نسل أو طبقة بعد طبقة أو الأقرب فالأقرب أو الأعلى فالأعلى ، أو الأول فالأول ، أو قرناً بعـد قرن ونحوه) مما يدل على الترتيب ، ما لم يكونوا قبيلة كولد النضر بن كنانة ، أو يأتي بمـا يقتضي التشريك كعلى أولادي وأولادهم ، فلا ترتيب، وإن قال وقفت (على ولدي

---

(١) سورة النساء ، الآية : ١١   (٢) سورة الاعراف ، الآية : ٢٦

(٣) سورة البقرة ، الآية : ٤٠

وولد ولد ولدي شمل) قوله (فوق ثلاثة بطون) لأن الولد يتناول أولاد الابن على المذهب (خلافاً له) ؛ أي : لصاحب «الإقناع» ؛ فإنه قال: وإن قال وقفت على ولدي وولد [ولد ولدي] ؛ دخل ثلاثة بطون ، دون من بعدهم ،والمذهب ما قاله المصنف (و) ان قال : وقفت (على ولدي ثم ولد ولدي ثم الفقراء ؛ شمـــل) قوله البطن الثالث ، (و) شمل (من بعده) لتناول الولد أولاد الإبن ، (خلافاً « للمبدع ») فإنه قال مسألة اذا قال على ولدي ثم على ولد ولدي ثم الفقراء؛لم يشمل البطن الثالث ومن بعده في الأشهر ، كذا قال،والمذهب خلافه [1] وان قال: وقفت (على ولدي لصلبي) لم يدخل ولد ولد،(أو) قال: وقفت على (أولادي الذين يلوني)اختص بهم (ولم يدخل ولد ولد)معهم، وإن وقف (على عقبه أو) وقف على (نسله أو) وقف على (ولد ولده أو) وقف على (ذريته ؛ لم يدخل فيهم ولد بناته) ولا يستحقونه من الوقف ؛ كما لو وقف على من ينسب اليه ، (الا بقرينة) كقوله (من مات) عن ولد (فنصيبه لولده أو لولد الأنثى سهم والذكر سهمان) أو وقفت على أولادي فلان وفلان وفلانة، ثم أولادهم.وأصل النسل من النسالة هي شعر الدابة اذا سقط عن جسدها . والذرية من ذرأ اذا زرع . قال الشاعر :

شققت الأرض ثم ذرأت فيه

أو من ذر اذا طلع. ومنه قولهم : ذر قرن الشهر . (أو قال: فإذا خلت الارض ممن ينتسب اليّ من قبل أب أو أم،أو قال على البطن الأول من أولادي)ثم على الثاني والثالث وأولادهم(والبطن الأول بنات) ونحو ذلك مما يدل على دخول أولاد البنات ؛ فيدخلون بلا خلاف . (أو قال الهاشمي على أولادي وأولادهم الهاشميين فتزوجن)أي:بناته(بهاشمي)دخل أولادهن؛ لوجود الشرطين، قاله الموفق. وإن تزوجن غير هاشمي؛لم يدخل أولادهن؛لعدم وجود الوصف الذي اعتبره الواقف .

---

(١) أقول : قال الجراعي : وبه ؛ أي : بما ذكر المصنف قال الحارثي والقاضي وابن عقيل . انتهى .

ومن وقف (على أولاده ثم أولادهم) أو على أولاده، أو أولادهم ما تناسلوا أو تعاقبوا الأعلى فالأعلى ، أو الأقرب فالأقرب ، أو طبقة بعد طبقة ، أو نسلاً بعد نسل . أو قال : على أولادي ، فإذا انقرضوا فعلى أولاد أولادي (فترتيب جملة على) جملة (مثلها لا يستحق البطن الثاني شيئاً قبل انقراض) البطن (الأول) لأن الوقف ثبت بقوله فيتبع فيه مقتضى كلامه ، كقوله:(بطناً بعد بطن ونحوه) كقرن بعد قرن (فمتى بقي واحد من البطن الأول كان الكل له) ؛ أي : لمن وجد من البطن الأعلى حيث كان الوقف على ولده أو أولاده ، أو ذكر ما يقتضي الترتيب (وعند الشيخ) تقي الدين (المرتب بثم إنما يدل على ترتيب الأفراد ، لا) ترتيب (البطون) فعليه (يستحق الولد نصيب أبيه بعده ، والمذهب ما تقدم . فلو قال الواقف : ومن مات عن ولد فنصيبه لولده) فهو دليل ترتيب أيضاً ؛ لأنه [لو] اقتضى التشريك لاقتضى التسوية ، ولو جعلنا لولد الولد سهماً مثل سهم أبيه ، ثم دفعنا اليه مثل سهم أبيه ؛ صار له سهمان ، ولغيره سهم ، وهذا ينافي التسوية ، ولأنه يفضي الى تفضيل ولد الابن ، والظاهر من مراد الواقف خلافه ، فإذا ثبت الترتيب ؛ فإنه ترتيب بين كل والد وولده ، فإذا مات من أهل الوقف واحد أو أكثر ممن له ولد (استحق كل ولد بعد أبيه نصيبه الأصلي والعائد اليه) سواء بقي من البطن الأول واحد أو لم يبق؛ لأنه صريح في ترتيب الأفراد ، فلو كان الموقوف عليهم ثلاثة ، ومات أحدهم عن غير ولد ؛ فنصيبه لأخويه ، فإذا مات أحدهما عن ولد كان النصف لولده ، فإذا مات الثاني عن ولدين فأكثر ؛ فنصيبه لهم ، ولو كان الموقوف عليهم ثلاثة إخوة فيموت أحدهم عن ولد ؛ انتقل اليه ، ويموت الثاني عن غير ولد ؛ فنصيبه لأخيه الثالث ، فإذا مات الأخ الثالث عن ولد ؛ استحق الولد جميع ما كان في يد أبيه من الثلث الأصلي ، والثلث العائد اليه من أخيه ؛ لعموم ؛ فنصيبه لولده ؛ لأنه مفرد مضاف لمعرفة فيعم (وكذا) ان زاد الواقف في شرطه (على أن من مات عن ولد في حياة والده) ؛ أي : قبل دخوله في الوقف

وله ولد (ثم مات الوالد) عن أولاده لصلبه، وعن ولد ولده لصلبه الذي مات أبوه قبل استحقاقه (فله) أي: ولد الابن مع أعمامه (ما لأبيه لو كان حياً) فهذا صريح في ترتيب الأفراد، فإذا مات واحد من مستحقي الوقف وجهل شرط الواقف؛ صرف الى جميع المستحقين بالسوية. ذكره في «الاختيارات». قال في «الفروع»: وقول الواقف من مات فنصيبه لولده يعم ما استحقه، وما يستحقه مع صفة الاستحقاق؛ استحقه أولاً؛ تكثيراً للفائدة، ولصدق الإضافة بأدنى ملابسة، يعني لو مات إنسان عن ولد [ولد]؛ قبل أن يدخل أبوه في الوقف المشروط فيه، أن من مات عن ولد فنصيبه لولده؛ فلولد الولد نصيب جده؛ [لأن أباه استحقه أن لو كان موجوداً، ثم قال بعد قوله: بأدنى ملابسة، ولأنه بعد موته] لا يستحقه، ولأنه المفهوم عند العامة الشارطين، ويقصدونه لأنه يتيم لم يرث هو وأبوه من الجد، ولأن في صورة الاجتماع ينتقل مع وجود المانع الى ولده، لكن هنا [هل] يعتبر موت الوالد؟ يتوجه الخلاف وإن لم يتناول إلا ما استحقه؛ فمفهوم خرج مخرج الغالب، وقد تناوله الوقف على أولاده ثم أولادهم، قال فعلى قول شيخنا أي: الشيخ تقي الدين إن قال: بطناً بعد بطن ونحوه؛ فترتيب جملة مع أنه محتمل، فإن زاد على أنه إن توفي أحد من أولاد الموقوف عليه ابتداءً في حياة والده، وله ولد، ثم مات الأب عن أولاده لصلبه وعن ولد لولده لصلبه الذي مات أبوه قبل استحقاقه؛ فله معهم ما لأبيه لو كان حياً، فهو صريح في ترتيب الأفراد انتهى.

تنبيه: اعلم أن صفات الاستحقاق للوقف ثلاثة: ترتيب جملة، وترتيب أفراد، واشتراك.

فترتيب الجملة: عبارة عن كون البطن الأول ينفرد بالوقف كله عمن بعده ما دام منه واحد، ثم اذا انقرض أهل البطن الأول كلهم؛ انتقل الى الثاني فقط، وما دام من الثاني واحد لم ينتقل منه شيء للثالث، وهكذا.

وترتيب أفراد : عبارة عن كون الشخص من أهل الوقف لا يشاركه ولده ، ولا يتناول من الوقف شيئاً ما دام الأب حياً ، فإذا مات الأب ؛ انتقل ما بيده الى ولده ، فاستحقاقه مشروط بموت أبيه .

والاشتراط عبارة عن استحقاق جميع الموجودين من البطون من غير توقف على شيء ، بل هم على حد سواء ، فيشارك الولد والده وكذا ولد الولد. ثم الصفة الاولى تحصل بصيغ: منها أن يقول: هذا وقف على أولادي أو ولدي، أو بطناً بعد بطن ، أو طبقة بعد طبقة ، أو قرناً بعد قرن ، أو ثم أولادهم . وتحصل الثانية بقوله: من مات فنصيبه لولده أو عن غير ولد ؛ فلمن في درجته . وتحصل الثالثة بالواو ،وقد أشار اليها المصنف بقوله:(و)إن أتى الواقف (بالواو) بأن قال : على أولادي وأولادهم وأولاد أولادهم ونسلهم وعقبهم ، كان الواو (للاشتراك) لأنها لمطلق الجمع ، فيشتركون فيه بلا تفضيل (فيستحق الأولاد مع آبائهم) لما تقدم من أنها لا تقتضي الترتيب بلا قرينة ، وإن قال الواقف : هذا وقف على أولادي ثم أولادهم (على أن نصيب من مات عن ولد) فنصيبه (لولده) (فـ)ـهو(ترتيب بين كل والد وولده) فيستحق كل ولد بعد أبيه نصيبه ؛لأنه صريح في ترتيب الأفراد . ولو قال: وقفت على أولادي ثم أولاد أولادي على أنه من توفي منهم عن غير ولد فنصيبه لأهل درجته ؛ استحق كل ولد نصيب أبيه بعده كالمسألة التي قبلها بقرينة قوله: عن غير ولد،فهذا دال على إرادة ترتيب الأفراد. وإن مات ولد فنصيبه له (و) إن قال (على أن نصيب من مات عن غير ولد لمن في درجته والوقف مرتب) بثم أو نحوها فمات أحدهم (فهو) أي : نصيبه (لأهل البطن الذي هو منهم) دون بقية البطون (من أهل الوقف) المستحقين له دون غيرهم ودون من لم يدخل من أهل الطبقة في الوقف ؛ عملًا بسوابق الكلام، فلو كان البطن الأول ثلاثة ، فمات أحدهم عن ابن ، ثم مات الثاني عن ابنين ، ثم مات أحد الابنين ، وترك أخاه وابن عمه وعمه وأبناءً لعمه الحي؛ كان نصيبه

لأخيه وابن عمه الذي مات أبوه ، دون عمه الحي وابنه، وكذا لو وقف على ثلاثة من بنيه الأربع على أن نصيب من مات عن غير ولد لمن في درجته ، فمات أحد الثلاثة عن غير ولد؛ كان نصيبه بين أخويه من أهل الوقف، دون الثالث ؛ لأنه ليس من أهل الاستحقاق ، أشبه ابن عمهم .

تتمة : قال السبكي : اذا وقف على شخص ثم أولاده ثم أولادهم ، وشرط ان من مات من بناته فنصيبها للباقين من إخوتها ، ومن مات قبل استحقاقه لشيء وله ولد ؛ استحق ولده ما كان يستحقه المتوفي [لو كان حياً فمات الموقوف] عليه وخلف ولدين وولد ولد ، مات أبوه في حياة والده ، فأخذ الولدان نصيبها وهما ابن وبنت ،وأخذ ولد الولد النصيب الذي لو كان والده حياً لأخذه، ثم ماتت البنت ،فهل يختص أخوها الباقي بنصيبها أو يشاركه فيه ابن أخيه؟قال: تعارض اللفظان المذكوران ، ونظرنا ، فرجحنا أن التنصيص على الإخوة وعلى الباقين منهم كالخاص ، وقوله : من مات قبل الاستحقاق كالعام ، فيقدم الخاص على العام ؛ فلذلك ترجح عندنا تخصيص الأخ ، وان كان الآخر محتملاً وهو مشاركة ابن الأخ انتهى . (وكذا) الحكم (إن كان) الوقف (مشتركاً بين البطون) وشرط أن مات عن غير ولد ؛ فنصيبه لمن في درجته ، فيختص به أهل البطن الذي هو منهم من أهل الوقف ؛ وليس للأعلى مع أهل درجة الميت شيء من نصيبه ،وان كانوا مشاركين لهم قبل موته،ومن هنا يعلم أن محل كون قول الواقف: من مات عن غير ولد فنصيبه لمن في درجته دليلاً على ترتيب الأفراد اذا كان الوقف غير مشترك ،بل كان مرتباً ترتيب جملة على مثلها، كما لو قال على ولدي أو أولادي أو زاد: ثم أولادهم، أو بطناً بعد بطن ونحو ذلك على أن من مات عن غير ولد الى آخره، بخلاف ما اذا نص على التشريك أو أتى بما يدل عليه، كالواو ، فإن قوله حينئذ: من جاوت عن غير ولد فنصيبه لمن في درجته غير مخرج له الى ترتيب الأفراد ، بل من مات عن غير ولد فكما قال المصنف ، ومن مات عن ولد ؛

فالظاهر [أن] نصيبه يكون لأهل الوقف ، وهو داخل في قول المصنف ،فكما لو لم يذكر الشرط الى آخره ؛ لأنا لو لم نخصهم بنصيبه لم يكن في اشتراط الواقف لهذا الشرط فائدة، والظاهر أنه قصد شيئاً يفيد (فإن لم يوجد في درجته) أي : درجة من مات عن غير ولد (أحد) من أهل الوقف (فكما لو لم يذكر الشرط) [لأنه لم يوجد ما تظهر فائدته فيه (فيشترك الجميع) من أهل الوقف (في مسألة الاشتراك)] لأن التشريك يقتضي التسوية ، وتخصيص بعض البطون يفضي الى عدمها (ويختص) البطن (الأعلى به) أي: بنصيب المتوفي الذي لم يوجد في درجته أحد (في مسألة الترتيب) لأن الوقف مرتب ، فيعمل بمقتضاه حيث لم يوجد الشرط المذكور ، وان كان الوقف على البطن الأول ؛ كما لو قال : وقفت على أولادي على أن نصيب من مات منهم لمن في درجته ؛ فكذلك نصيبه لأهل البطن الذي هو منهم من أهل الوقف كما تقدم ، فإن لم يكن في درجته أحد اختص به الأعلى ؛ كما لو لم يذكر الشرط،وحيث كان نصيب ميت لأهل البطن الذي هو منهم (فيستوي في ذلك كله إخوته) أي : الميت (وبنو عمه وبنو بني عم أبيه ونحوهم) كبني بني عم أبي أبيه ؛ لأنهم في درجته في القرب الى الجد الذي يجمعهم ، والإطلاق يقتضي التسوية ، وكذا إناثهم حيث لا مخصص للذكور (إلا أن يقول) الواقف (يقدم) منهم (الأقرب فالأقرب الى المتوفي ونحوه) كأن يقول :يقدم ولد الظهر ، أو يقدم من في درجته من إخوته (فيختص) نصيب الميت (بالأقرب) فلو كان له أخ شقيق وأخ لأب ؛ فمقتضى ما يأتي في الوصية يقدم الشقيق فيما اذا قال: الأقرب فالأقرب، وبالأخوة اذا قال:لإخوته عملًا بالشرط (وليس من الدرجة من هو أعلى) من الميت كعمه (أو أنزل) منه كابن أخيه (والحادث من أهل الدرجة بعد موت الآيل نصيبه اليهم، كالموجودين حينه)؛ أي:الموت ؛ لوجود الوصف فيه ، والشرط منطبق عليه (وعلى هذا) القول؛ أي : مشاركة الحادث للموجودين ، وهو الأصح ،

وأفتى به الشارح (لو حـــدث من هو أعلى من الموجودين) وشرط الواقف في (الوقف مرتب) بأنه يستحق الأعلى فالأعلى ؛ كما لو وقف على أولاده، ومن يولد له ، ثم أولادهم ، ثم أولاد أولادهم ما تناسلوا ، ومات أولاده وانتقل الوقف لأولادهم ، ثم ولد له ولد (أخذه) أي : أخذ الولد الحادث ما آل الى النازلين عند عدمـه؛ عملًا بالشرط (منهم)؛ أي : من أولاد إخوته ؛ لأنه أعلى منهم درجة ؛ فلا يستحقون معه .

(ويتجـه ولا يرجع) الحادث على أولاد إخوته بما قبضوه فيما (مضى) من الزمان (من غلته) أي : الوقف (لأنه) أي : المقبوض (إنمـا استحق) أي : استحقه قابضه ومالكه (بوضع) يده عليه وتناوله إياه في مدة كان يستحقها فيها دون غيره ، وهذا مما لا شبهة فيه. وهو متجه[1].

(و) من قال : وقفت (على ولدي) بلفظ المفرد (فلان وفلان وعلى ولد ولدي و) كان (له ثلاثة بنين كان) الوقف (على) الولدين (المسميين و) على (أولادهما وأولاد الثالث) الذي لم يذكره ؛ لدخوله في عموم ولدي (دونه) ؛ أي : الثالث جعلا لتسميتها بدلا للبعض من الكل ، فاختص الحكم به كقوله تعالى : « ولله على الناس حج البيت من استطاع اليه سبيلا [2] » . ولأن خلوه عن العطف دليل إرادة التفسير والتبيين ، بخلاف عطف الخاص على العام؛ فإنه يقتضي معنى التأكيد ، فوجب حمل ما نحن فيه على التفسير والتبيين .

---

(١) أقول : قول المصنف : لأنه ؛ أي : المولود الحادث إنما استحق ؛ أي : ريع الوقف بوضع؛ أي بوضعه؛أي:ولادته؛لانه قبل ذلك لايستحق شيئاً، فحيث كان كذلك؛ فلا رجوع له على أحد فيما مضى،وإنما استحق الريع الماضي من قبله كما تقدم في الوقف على الحمل تبعا ، وبيان استحقاقه لذلك صريح في كلامهـم ، وفي حل شيخنا تحويل عن المراد ، فتأمل . انتهى .

(٢) سورة آل عمران ، الآية ٩٧

(ويتجه) دخوله (إن كان ولد الثالث موجودا عند) إنشاء (وقف) لدخوله حينئذ في ولد ولده، وإنما يدخل أولاد الاثنين - وإن كانوا معدومين - تبعا ،والثالث ليس مستحقاً؛ فلا يستحق أولاده المعدومون وقت إنشاء الوقف، وهذا لا قائل به [1] .

وإن قال: وقفت (على زيد واذا انقرض أولاده فعلى المساكين كان) الوقف (بعد موت زيد لأولاده) .

(ويتجه) أن قوله: لأولاده، يشمل أولاد أولاده الذكور (وإن نزلوا) لدلالة قول الواقف ، فإذا انقرضوا فعلى المساكين ، وإلا لم يكن لتوقف استحقاق المساكين على انقراضهم فائدة وهو متجه [2].

---

(١) أقول : ذكره الجراعي ، ونظر فيه أيضاً . قلت : كان ملحظ المصنف بهذا القيد،لاستدراك كون الوقف لايصح على معدوم أصالة ، بل تبعاً فحيث كان معدوما حال الوقف ؛ فلا يدخل؛لكونه معدوماً ، والتبعية منتفية أيضاً ، لكون أبيه لم يدخل ، وحيث كان موجوداً فالامر في دخوله ظاهر للأصالة ، وقد ذكر مصنف « المنتهى » في شرحه ما يتضمن البحث حيث قال : قال في القواعد : ويتخرج وجه بالاختصاص بولد من وقف عليهم ؛ اعتباراً بآبائهم . انتهى . فعليه لو كان ولد الثالث معدوماً فلا يدخل ؛ لان العبرة بأبيه ، وحيث كان موجوداً فهو داخل للأصالة كما بحثه المصنف ، لكن قد علمت من قوله : ويتخرج وجه الخ بأنه وجه مرجوح ؛ إذ ظاهر كلام أهل المذهب قاطبة دخول أولاد الثلاثة سواء كانوا موجودين أو معدومين ، ففي حال وجودهم للأصالة ، وفي حال عدمهم التبعية ، فولد الثالث كذلك في حال وجوده للأصالة ، وفي حال عدمه للتبعية لبني عميه ؛ لكونه داخلا معهم في شمول قول الواقف له ، فحكمه حكمهم في التبعية لمن صح الوقف عليه ، ولا يضر كون جهة ابيه منتفية ، لكونه لم يدخل ؛ إذ ليس الوقف كالإرث هذا ما ظهر ؛ فليتأمل . انتهى .

(٢) أقول : ذكره الجراعي ، وقال : فانه قد تقدم أنه إذا وقف على ولده وولد ولده أنهم يدخلون وإن نزلوا ، فهو إن لم يكن عين ما تقدم ؛ فقيس عليه . انتهى . =

(ثم من بعدهم للمساكين) ولا يدخل ولد البنات في الوقف على ولد زيد أو أولاده أو ذريته ونحوه، إلا بصريح؛ كقوله: على أن لولد الإناث سهماً ، ولولد الذكور سهمين ونحوه ، أو بقرينة كقوله : من مات منهم عن ولد فنصيبه لولده ونحو ذلك مما يدل على دخول أولاد البنات ؛ فيدخلون بلا خلاف .

(و)إن قال : وقفت (على أولادي ثم أولادهم الذكور والإناث ، ثم أولادهم الذكور من ولد الظهر فقط ، ثم نسلهم وعقبهم — العقب بكسر القاف وسكونها : الولد وولد الولد — ثم الفقراء على أن من مات منهم ، وترك ولداً، وإن سفل ؛ فنصيبه له) هذا آخر كلام الواقف (فمات أحد الطبقة الاولى وترك بنتاً ، ثم ماتت) البنت (عن ولد ؛ فله ما استحقته أمه قبل موتها). قاله الشيخ تقي الدين : وجزم به في « المنتهى » لأنه وإن كان من الطبقة الثالثة المشروط فيها الاستحقاق أن يكون الولد ذكراً من ولد الظهر ؛ فإنه إنما استحقه هنا؛ لقول الواقف :على أن من مات منهم الى آخره ؛ لأن الضمير اذا تعقب جملاً عاد الى الكل ، فاعتبار الذكور كون الولد من ولد الظهر في الطبقة الثالثة إنما هو في استحقاقهم نصيب من مات عن غير ولد لا غير . وقال في « تصحيح الفروع » : أولادها لا يستحقون شيئاً ؛ لأن الواقف لم يعط من ولد الظهر والبطن إلا الأولاد وأولاد الأولاد ، ثم خص أولاد الظهر بعدهما بالوقف .قال: وأولاد هذه البنت ليسوا من أولاد الظهر، وهي من الطبقة الثانية ،وقوله: على أن من مات منهم وترك ولداً وإن سفل فنصيبه له . يعني ان كان من أهل الوقف

= قلت: لم أر من صرح به،ولكنه موافق لقولهم : ولد الولد ولد، ولقوله في الكافي: لو قال واقف : وقفت على أولادي ، فاذا انقرض أولادي فهو على المساكين ؛ دخل أولاد الاولاد في الوقف ، لان قرينة اشتراط انقراضهم دليل على أنهم أريدوا منه . انتهى . فتأمل . انتهى .

المذكور أولا وأولادها ليسوا منهم انتهى ، وهذا المذهب بلا ريب إلا أن يحمل كلام الشيخ تقي الدين على ما اذا كان الولد من البنت من أولاد الظهر أيضاً بأن كانت متزوجة بابن عمها ، فأتت منه بولد ؛ فذلك الولد يستحق نصيب أمه؛إذ هو ابن ابن ابن،وإن كان مع ذلك ابن بنت ابن ، وحينئذ فيوافق مافي « تصحيح الفروع » .

(ولو قال) واقف (ومن مات عن غير ولد وإن سفل ؛ فنصيبه لإخوته ثم نسلهم وعقبهم عم ولو من لم يعقب) من إخوته ثم نسلهم .

(ومن أعقب ، ثم انقطع عقبه) أي : ذريته ؛ لأنه لا يقصد غيره واللفظ يحتمله ؛ فوجب الحمل عليه قطعاً . قاله الشيخ تقي الدين .

(فرع: لو رتب) الواقف(أولا) بعض الموقوف عليهم ، فقال : وقفت على أولادي ثم على أولاد أولادي (ثم شرك) بأن قال: بعد أولاد أولادي: وأولادهم (أو عكس) بأن قال : وقفت على أولادي وأولاد أولادي ، ثم على أولادهم ؛ فهو (على ما شرط) ففي المسألة الاولى يختص الأولاد ؛ لاقتضاء ثم للترتيب ، فإذا انقرض الأولاد ؛ صار مشتركاً بين من بعدهم من أولادهم وأولاد أولادهم — وإن نزلوا — لأن العطف فيهم بالواو ، وهي لا تقتضي الترتيب ، فإن قيل : قد رتب أولا . فهلاّ ؟ حمل عليه ما بعده ؛ فالجواب قد يكون غرض الواقف تخصيص أولاده لقربهم منه ، وفي المسألة الثانية وهي ما اذا وقف على أولاده وأولاد أولاده ثم أولادهم وأولاد أولادهم ؛ يشترك البطنان الأولان للعطف بالواو، دون غيرهم ، فلا يدخل معهم في الوقف لعطفه بثم ، فإذا انقرضوا اشترك فيه من بعدهم؛ لما تقدم .

(ولو قال بعد الترتيب بين أولاده) بقوله: هذا وقف على أولادي ثم على أولادهم (ثم على أنسالهم وأعقابهم ؛ استحقه أهل العقب مرتباً) لقرينة الترتيب فيما قبله ، ولا يستحقونه مشتركاً مع الأنسال ؛ نظراً الى عطفهم بالواو ؛ لمخالفته لقرينة

السياق (وصوبه) أي : استحقاق أهل العقب مرتباً (في «الانصاف» ، قال في «الاختيارات» : الواو كما لا تقتضي الترتيب لا تنفية ، لكن هي ساكتة عنه نفياً ولاثباتاً ، ولكن تدل على التشريك ، وهو الجمع المطلق ، فإن كان في الوقف ما يدل على الترتيب مثل إن رتب أولا ؛ عمل به ، ولم يكن ذلك منافياً لمقتضى الواو . انتهى .

فائدة : لو قال : على أن من مات قبل دخوله في الوقف عن ولد - وإن سفل - وآل الحال في الوقف إلى أنه لو كان المتوفي موجوداً لدخل ؛ قام ولده مقامه في ذلك وإن سفل ، واستحق ما كان أصله يستحقه من ذلك أن لو كان موجوداً ، فانحصر الوقف في رجل من أولاد الواقف ، ورزق خمسة أولاد مات أحدهم في حياة والده ، وترك ولداً ثم مات الرجل عن أولاده الأربعة وولد ولده ، ثم مات من الأربعة ثلاثة عن غير ولد ، وبقي واحد منهم واحد مع ولد أخيه ؛ استحق الولد الباقي أربعة أخماس ، ربع الوقف ، وولد أخيه الخمس الباقي . أفتى به الشيخ محمد الشهاوي الحنفي ، وتابعه الناصر الطبلاوي الشافعي ، والشهابي أحمد البهوتي الحنبلي ، ووجهه أن قول الواقف: على أن من مات منهم قبل دخوله في هذا الوقف الى آخره ، مقصور على استحقاق الولد لنصيب والده المستحق له في حياته ، لا يتعداه الى من مات من إخوة والده عن غير ولد بعد موته ، بل ذلك انما يكون للاخوة الأحياء ؛ عملاً بقول الواقف : على أن من توفي منهم عن غير ولد الى آخره ؛ إذ لا يمكن إقامة الولد مقام أبيه في صف الذي هو الإخوة ، حقيقة ، بل مجازاً ، والأصل حفظ اللفظ على حقيقته ، وفي ذلك جمع بين الشرطين ، وعمل بكل منها في محله ، وذلك أولى من الغاء أحدهما .

(فصل : من وقف شيئاً على بنيه أو على بني فلان فهو لذكور خاصة) لأن لفظ البنين وضع لذلك حقيقة ؛ لقوله [تعالى] : « أصطفى البنات على

البنين »[1] وقوله : « زين للناس حب الشهوات من النساء والبنين »[2] وقوله تعالى : « المال والبنون زينة الحياة الدنيا »[3] (فلا يدخل) فيه (خنثى) لأنه لا يعلم كونه ذكراً ، وكذلك لو وقف على بناته ؛ اختص بهن ، ولا يدخل فيه الذكور ولا الخناثى ؛ لأنه لا يعلم كونهن إناثاً (وإن كانوا) أي : بنو فلان (قبيلة) كبيرة . قال في « الرعاية » : كبني هاشم وتميم وقضاعة (دخل) فيه (إناث) لقوله تعالى : «ولقد كرمنا بني آدم »[4] ولأن القبيلة يشمل ذكرها وأنثاها ، ويقال امرأة من بني كذا ، روي أن جوار من بني النجار قلن :

نحو جوار من بني النجار . يا حبذا محمداً من جار .

(دون أولادهن) أي : نساء تلك القبيلة (من) رجال (غيرها) لأنهم لا ينتسبون الى القبيلة الموقوف عليها ، بل الى غيرها ، وكما لو قال: المنتسبين اليَّ ، ويدخل أولادهن منهم ؛ لوجود الانتساب حقيقة ، ولا يشمل مواليهم ؛ لأنهم ليسوا منهم حقيقة ، كما لا يدخلون في الوصية ، نص عليه في رواية ابن منصور وحنبل. قال في «الخلاف» : لأن الوصية يعتبر فيها لفظ الموصي ، ولفظ صاحب الشريعة: يعتبر فيه المعنى ، ولهذا لو حلف: لا أكلت السكر لأنه حلف ؛ لم يعم غيره [من الحلاوات ، وكذلك لو قال: عبدي حر لأنه أسود ؛ لم يعتق غيره] من العبيد ، ولو قال: الله حرم السكر ؛ لأنه حلو ، عم جميع الحلاوات ، وكذلك اذا قال : اعتق عبدك لأنه أسود ؛ عم . قال في « الفروع » : قال في شرح «شرح المنتهى» : فكما يعتبر في الوصية لفظ الموصي يعتبر في الوقف لفظ الواقف ، ولهذا كان الحكم فيهما عدم دخول الموالي (و) إن وقف (على عترته أو) على (عشيرته) بأن قال: وقفت على عترتي ، (فكـ)ـما لو قال: وقفت على (القبيلة). قال في « المقنع » : العترة هم العشيرة . قال في «الإنصاف» : هذا المذهب قدمه في

---

(١) سورة الصافات ، الآية : ٥٣

(٢) سورة آل عمران ، الآية : ١٤

(٣) سورة الكهف ، الآية : ٤٦

(٤) سورة الاسراء ، الآية : ٧٠

« الرعايتين » و « الحاوي الصغير » و « الفروع » و « الفائق » وغيرهم ، وصححه الناظم ، وقاله القاضي وغيره انتهى. لقول أبي بكر في محفل من الصحابة نحن عترة رسول الله صلى الله عليه وسلم وبيضته التي تفقأت عنه ، ولم ينكره أحد ، وهم أهل اللسان .

وإن وقف (على قرابته أو) على (قرابة زيد) فهو أي : الوقف (لذكر وأنثى من أولاده وأولاد أبيه) وهم إخوته وأخواته وأولاد جده ، وهم أبوه وأعمامه وعماته . وأولاد جد أبيه ،وهم جده وأعمامه وعماته (فقط) لأن النبي صلى الله عليه وسلم لم يجاوز بني هاشم بسهم ذوي القربى المشار اليه في قوله تعالى : «ما أفاء الله على رسوله من أهل القرى فلله وللرسول ولذي القربى»[1] فلم يعط من هو أبعد كبني عبد شمس وبني نوفل شيئاً ، ولا يقال : هما كبني المطلب ؛ فإنه صلى الله عليه وسلم علل الفرق بينهم وبين سواهم ممن ساواهم في القرب بأنهم لم يفارقوا في جاهلية ولا إسلام ، ولم يعط قرابته من ولد أمه ، وهم بنو زهرة شيئاً منه ، ويسوي بين من يعطي منهم ؛ فلا يفضل أعلى ولا فقير ولا ذكر على من سواه ؛ لعموم القرابة .

(ولا يدخل) في الوقف على القرابة (مخالف دينه) أي : الواقف ، فإن كان الواقف مسلماً لم يدخل في قرابته كافرهم ، وإن كان كافراً لم يدخل المسلم إلا بقرينة ؛ كما يأتي قريباً (ولا) يدخل في الوقف على قرابته (أمه أو قرابته من قبلها) لأنه صلى الله عليه وسلم لم يعط من سهم ذو القربى قرابته من جهة أمه أمه شيئاً (إلا بقرينة) أي : إلا أن يكون في لفظ الواقف ما يدل على إرادة الدخول (كتفضيل جهة قرابة) من جهة أب على قرابة من جهة (أم أو قوله)؛ أي : الواقف (إلا ابن خالتي فلاناً) ونحو ذلك ؛ فيعمل بمقتضى القرينة ، أو

---

(١) سورة الحشر ، الآية : ٧

وجدت قرينة تخرج بعضهم ؛ عمل بها ، ويأتي في الوصايا حكم أقرب قرابته أو الأقرب اليه مفصلاً.

والوقف من إنسان (على أهل بيته أو) على (قومه أو) على (نسائه أو) على (آله أو) على (أهله كعلى قرابته) فلكل قرابة ، أما في أهل بيته فلقوله عليه الصلاة والسلام : « لا تحل الصدقة لي ولا لأهل بيتي » وفي رواية : « انا آل محمد لا تحل لنا الصدقة » . فجعل سهم ذوي القربى لهم عوضاً عن الصدقة التي حرمت عليهم ، فكان ذو القربى الذين سماهم الله تعالى هم أهل بيته . احتج بذلك الإمام أحمد ، وروي عن ثعلب أن أهل البيت عند العرب آباء الرجل وأولادهم ، كالأجداد والأعمام وأولادهم(و) إنْ وقف (على ذوي رحمه) فإنه يكون (لكل قرابة له) أي : للواقف (من جهة الآباء) سواء كانوا عصبة كالآباء والأعمام وبنيهم ،أو لا ، كالعمات وبنات العم ، ولكل قرابة من جهة (الأمهات) كأمه وأبيها وأخواله وأخوالها وخالاته وخالاتها ؛ لأن القرابة من جهة الأم أكثر استعمالاً ،فإذا لم يجعل ذلك مرجحاً ؛ فلا أقل أن لا يكون مانعاً ، ولكل قرابة له من جهة (الأولاد ممن يرث بفرض أو عصبة أو رحم) كابنه وبنته وأولادهم ؛ لأن الرحم يشملهم ، وذكر القاضي في ذي الرحم مجاوزته للأب الخامس . قال في «شرح المنتهى» : وليس ذلك مخالفاً لمن يذكره، بل عموم كلام الأصحاب يشمله .

(والأشراف أهل بيته صلى الله عليه وسلم، والشريف كان عند أهل العراق العباسي) قال الشيخ تقي الدين : وأهل العراق كانوا لا يسمون شريفاً الا من كان علوياً، بل لا يسمون شريفاً إلا من كان من ذرية الحسن والحسين،ولو وقف على آل جعفر وآل علي ، فقال أبو العباس : أفتيت أنا وطائفة من الفقهاء أنه يقسم بين أعيان الطائفتين ، وأفتى طائفة أنه يقسم نصفين ، فيأخذ آل جعفر النصف وإن كانوا واحداً ، وهو مقتضى أحد قولي أصحابنا انتهى . قال في

«شرح الإقناع» : قلت : هو مقتضى ما تقدم في مواضع .

(والأيامى والعزاب من لا زوج له من رجل وامرأة) لأن كلاً منهما يقع على الذكور والإناث . قال تعالى : «وأنكحوا الأيامى منكم»[1] ويقال رجل عزب وامرأة عزب . قال ثعلب : وإنما سمي عزباً ؛ لانفراده وكل شيء انفرد فهو عزب . وذكر أنه لا يقال: أعزب، ورد بما في «صحيح البخاري» عن ابن عمر وكنت شاباً أعزب . ولا فرق في ذلك بين البكر وغيره . قال في «الفروع» : والعزب والأيم غير المتزوج (والأرامل النساء اللاتي فارقهن أزواجهن) نصاً ؛ لأنه المعروف بين الناس (بموت أو حياة) قال جرير :

هذي الأرامل قد قضّيت حاجتها فمن لحاجة هذه الأرمل الذكر

فأطلق الأول حيث أراد به الإناث ؛ لأنه موضع له ، ووصفه في الثاني بالذكر؛ لأنه لو اطلقه لم يفهم، وفي تعليق القاضي: الصغيرة: لا تسمى أيما ولا أرملة عرفاً ، وإنما ذلك صفة للبالغ (واليتامى من لا أب له، ولم يبلغ) من ذكر أو أنثى (ولو جهل بقاء أبيه فالأصل بقاؤه) في ظاهر كلامهم .

(ويتجه) أن الأصل بقاء الأب الا في صورة (غيبة) الأب غيبة ظاهرها الهلاك ، بحيث لو رفع أمره الى الحاكم لحكم بموته ؛ كمن فقد من بين أهله أو من بين الصفين ، أو انقطع بفلاة ومضى على ذلك أربع سنين فما فوق من حين فقده ، أو غاب غيبة ظاهرها السلامة ، واستمر على ذلك الى أن مضى من سنه تسعون سنة ؛ ففي هذه الصور (تتزوج فيها) أي : الغيبة (نساؤه) وتقسم أمواله بين ورثته ؛ لأنه محكوم بموته ، فطفله في هذه الصورة يشمله اسم اليتيم ؛ كما هو ظاهر لا غبار عليه ، وهو متجه[2] . (ولا يشمل الوقف على اليتامى (ولد

---

(١) سورة النور ، الآية : ٣٢

(٢) أقول : ذكره الجراعي ، وقرر نحوا مما قرره شيخنا ، ولم أر من صرح به، لكنه ظاهر لايأباه كلامهم ، ولعله مراد من أطلق . انتهى .

زنا) لأن لليتيم انكسار يدخل على القلب بفقد الأب . قال الامام أحمد فيمن بلغ : خرج عن حد اليتيم . (والحفيد والسبط : ولد ابن وبنت) قال ابن سيده : (والرهط ما دون العشرة من رجال) خاصة لغـــة لا واحد له من لفظه ، أو الجمع أرهط وأرهاط وأراهط وأراهيط ، وقال في «كشف المشكل»: الرهط ما بـــين الثلاثة الى العشرة وكذا قال النفر : من ثلاثة الى عشرة قاله في «الفروع» . (والقوم للرجال) دون النساء (وبكر) يشمل الذكر والأنثى (وثيب) كذلك (وعانس) كذلك ، وهو من بلغ حد التزويج ولم يتزوج (وأخوة) ـ بضم الهمزة وتشديد الواو ـ (وعمومة لذكر وأنثى) والأخوات للاناث خاصة (والثيوبة زوال البكارة) بالوطء (مطلقاً) سواء كان من زوج أو سيد أو شبهة أو زنا، لا زوالها بنحو إصبع (و) ان قال: هذا وقف (لجماعة) من الأقرب اليه (أو هذا وقف (لجمع من الأقرب اليه ، فثلاثة) لأنهم أقل الجمع (فإن لم يف الدرجة الاولى) بأن لم يكن فيها ثلاثة؛ كأن يكون له ولدان وأولاد ابن، تمم الجمع مما، أي : من درجة التي (بعدها) وهم أولاد الابن ، فيتمم الجمع بواحد منهم يخرج بقرعة (ويشمل) الجمع (أهل الدرجة ، وان كثروا) لعدم المخصص (والعلماء حملة الشرع) ولو أغنياء (وقيل : من تفسير وحديث وفقه) أصوله وفروعه . قاله في «الفروع»: لا ذوو أدب ونحو ولغة وصرف وعلم كلام أو طب وحساب وهندسة وهيئة وتعبير رؤيا وقراءة قرآن وإقرائه وتجويده (وذكر ابن رزين فقهاء ومتفقهة كعلمـاء) قال في « شرح الإقناع » : قلت : مدلول فقهـــاء [العلمـاء] بالفقه والمتفقهة طلبة الفقه (وأهل الحـديث من عرفه ، ولو حفظ أربعين حديثاً ، لا من سمعه) من غير معرفة (والقراء) في عرف هـذا الزمان (حفاظ القرآن) وفي الصدر الأول هم الفقهـــاء (وأعقل الناس الزهاد) لأنهم أعرضوا عن الفاني للباقي (قال ابن الجوزي : وليس من الزهد ترك ما يقيم النفس ويصلح أمرها ، ويعينها على طريق الآخرة، بل هذا زهد الجهال ، وإنما) هو؛ أي : الزهد (ترك فضول العيش، وهو ما ليس بضرورة في بقاء النفس) ؛أي :

نفسه ونفس عياله (وعلى هذا كان) النبي (صلى الله عليه وسلم وأصحابه) ويؤيده قوله عليه الصلاة السلام: «كفى بالمرء إثماً أن يضيع من يعول»:

وإن وقف (على مواليه، وله موال من فوق) فقط، وهم أعتقوه؛ اختص الوقف بهم، أو وقف على مواليه، وله موال من أسفل فقط، وهم عتقاؤه؛ اختص الوقف بهم. وإن كان له موال من فوق، وموال من أسفل (تناول) الوقف (جميعهم) واستووا في الاستحقاق إن لم يفضل بعضهم على بعض؛ لأن الأسهم تتناولهم على السواء (ومتى عدم) أي: انقرض (مواليه) فالوقف (لعصبتهم)؛ أي: عصبة مواليه؛ لأن الإضافة لأدنى ملابسة ومن لم يكن له موال) حين قال: وقفت على موالي؛ فالوقف (لموالي عصبة) لشمول الاسم لهم مجازاً مع تعذر الحقيقة، فإن كان له إذ ذاك موال، ثم انقرضوا؛ لم يرجع من الوقف شيء لموالي عصبة؛ لأن الاسم تناول غيرهم، فلا يعود اليهم إلا بعقد جديد، ولم يوجد. قال في «الفروع»: ولا شيء لموالي عصبة الا مع عدم مواليه ابتداء.

(و) إن وقف (على الفقراء أو على المساكين يتناول الآخر) لأنه إنما يفرق بينهما في المعنى اذا اجتمعا في الذكر.

ومتى كان الوقف (على صنف من أصناف الزكاة) كالفقراء والرقاب والغارمين (لم يدفع لواحد فوق حاجته) لأن المطلق من كلام الآدمي يحمل على المعهود في الشرع، فيعطى فقير ومسكين تمام كفايتهما مع عائلتهما سنة، ومكاتب وغارم ما يقضيان دينهما، وابن سبيل ما يحتاجه لسفره، وغاز ما يحتاجه لغزوه، وهكذا، وان كان الوقف (على أصنافها) كلهم (فوجد من فيه صفات؛ بأن كان ابن سبيل غازياً غارماً (استحق بها)؛ أي: بالصفات كالزكاة، فيعطى ما يقضي به دينه، ويوصله الى بلده، وكفايته ذهاباً وإياباً.

تنبيه: ولو وقف على أصناف الزكاة، أو صنفين فأكثر من أصنافها، أو

على الفقراء أو المساكين؛ جاز الاقتصار على صنف كزكاة؛ لما تقدم من أن مقصود [الواقف] عدم مجاوزتهم، وذلك حاصل بالدفع الى صنف منهم، بل الى شخص واحد، ولا يعطى فقير وغيره من أهل الزكاة أكثر مما يعطاه من زكاة إن كان الوقف على صنف من أصنافها، وتقدم.

(و) ان وقف (على سبل الخير، فلمن أخذ من زكاة لحاجة) كفقير ومسكين وابن سبيل (لا مؤلف وعامل وغارم) فلا يعطون؛ لأن كلامه لا يشملهم، وإن وقف (على جماعة يمكن حصرهم) واستيعابهم كبنيه أو بني فلان، وليسوا قبيلة أو موالي غيره (وجب تعميمهم) بالوقف (والتسوية بينهم) فيه؛ لأن اللفظ يقتضي ذلك، وأمكن الوفاء به، فوجب العمل بمقتضاه (كما لو أقر لهم) بمال (ولو أمكن فيه) حصرهم (ابتداء)؛ أي: في ابتداء الوقف (ثم تعذر) بكثرة أهله (كوقف علي رضي الله عنه؛ عمم من أمكن) منهم بالوقف (وسوى بينهم) فيه؛ لأن التعميم والتسوية كانا واجبين في الجميع، فإذا تعذرا في بعض وجبا فيما لم يتعذرا فيه؛ كالواجب الذي تعذر بعضه (وإن لم يمكن حصرهم ابتداء كالمساكين) والقبيلة الكبيرة كبني هاشم (وقريش وبني تميم؛ جاز التفضيل) بينهم (والاقتصار على واحد) منهم؛ لان مقصود الوقف عدم مجاوزة الجنس، وذلك حاصل بالدفع الى واحد منهم، واذا جاز الاقتصار على واحد؛ فالتفضيل أولى، وكالوقف على المسلمين كلهم أو على أهل إقليم كالشام، ومدينة كدمشق، فيجوز التفضيل والاقتصار على واحد (ويشمل جمع مذكر سالم) كالمسلمين (وضميره) وهو الواو (الأنثى) تغليباً؛ لقوله تعالى: «قد أفلح المؤمنون»[1] (لا عكسه) وهو جمع المؤنث السالم وضميره؛ فلا يشمل الذكر؛ اذ لا يغلب غير الأشراف عليه (و) إن وقف (على أهل قريته أو) على (قرابته أو) على (إخوته أو) على (جيرانه) أو وصى لهم بشيء (لم يدخل) فيهم (مخالف دينه)؛

---

(١) سورة المؤمنون، الآية: ١

أي : دين الواقف والموصي ؛ لأن الظاهر من حال الواقف أو الموصي لم يرد من يخالف دينه، سواء كان مسلماً أو كافرا (الا بقرينة) تدل على دخولهم فيه ؛ فيدخلون [(كما مر) ومن القرينة كون كلهم كفاراً؛ فيدخلون؛ لأن عدم دخولهم يؤدي الى رفع اللفظ بالكلية (أو كان موافقه)؛ أي : الواقف] (واحداً) من الموقوف عليهم (والباقي مخالف) لدينه؛ كان يكون الواقف مسلماً ، وفي الموقوف عليهم واحد مسلم، والباقي كفار؛ فيدخلون؛ لأن حمل اللفظ العام على واحد بعيد جداً ، وإن كان الواقف كافراً ، وفي الموقوف عليهم كافر على غير دين الواقف الكافر ؛ لم يدخل الكافر المغاير لدينه كما لا يرثه .

(ووصية كوقف في كل ما مر) في هذا الفصل من المسائل (لكنها) ؛ أي : الوصية (أعم لصحتها لنحو حمل) موجود حينها ، كقن وأم ولد ومدبر وأم ولد (وحربي ومرتد) لأن مبناهـا على لفظ الموصي ؛ أشبهت الوقف . قال في «الفروع» : والأصح دخول وارثه في وصيته ؛ لقرابته، خلافاً « للمستوعب » ومن لم يجز من الورثة ؛ بطل في نصيبه . ولو وصى بعتق أمة فأنثى ، والعبد ذكر . ولو وصى بأضحية ذكر أو أنثى ، فضحوا بغيره خيراً منه ؛ جاز ، وعليه ابن عقيل بزيادة خير في المخرج (ويأتي فيها)؛ أي : الوصية (بيان نحو شيخ) كهرم وشاب وفتى (وكهل و) بيان معنى (سكة و) بيان (الأقرب) وغير ذلك ، فليراجع هناك ؛ لأن الوقف كالوصية . قال في « الإنصاف » : لكن الوصية أعم من الوقف على ما يأتي .

تتمة: والمستحب للواقف أن يقسم الوقف على أولاده على حسب قسمة الله تعالى الميراث ، للذكر مثل حظ الانثيين ، وقال القاضي : المستحب التسوية بين الذكر والأنثى ؛ لأن القصد القربة على وجه الدوام ، وقد إستووا في القرابة ، ولنـا أنه اتصال المال اليهم ، فينبغي أن يكون بينهم على حسب

الميراث كالعطية ، ولأن الذكر في مظنة الحاجة أكثر من الأنثى ، لأن كل واحد منهما في العادة يتزوج ، ويكون [له] الولد ، فالذكر تجب عليه نفقة امرأته وأولاده ، والمرأة ينفق عليها زوجها ، ولا يلزمها نفقة أولادها ، وقد فضل الله تعالى الذكر على الأنثى في الميراث على وفق هذا المعنى ، فيصح تعليله به ، ويتعدى الى الوقف والعطايا والصلات . وما ذكره القاضي لا أصل له ؛ وهو ملغى بالميراث والعطية ، فإن خالف وسوّى بين الذكر والأنثى ، أو فضلها عليه أو فضل بعض البنين أو البنات على بعض ، أو خص بعضهم بالوقف دون بعض ؛ فقد قال أحمد في رواية ابن الحكم : ان كان على طريق الأثرة فأكرهه ، وإن كان على أن بعضهم له عيال وبه حاجة كمسكنة أو عمى ونحوه ، أو خص ، أو فضل المشتغلين بالعلم ، أو ذا الدين دون الفساق ، أو خص أو فضل المريض ، أو خص أو فضل من له فضيلة من أجل فضيلته ؛ فلا بأس بذلك ؛ لأنه لغرض مقصود شرعاً .

(فصل : والوقف عقد لازم) بمجرد القول أو ما يدل عليه ؛ لأنه تبرع يمنع البيع والهبة ؛ فلزم بمجرده كالعتق . قال في «التلخيص» وغيره : وحكمه اللزوم في الحال . أخرجه مخرج الوصية أو لم يخرجه ، حكم به حاكم أو لا ؛ لقوله صلى الله عليه وسلم : « لا يباع أصلها ولا توهب ولا تورث» قال الترمذي : العمل على هذا الحديث عند أهل العلم . وإجماع الصحابة على ذلك ، ولأنه إزالة ملك يلزم بالوصية ، فإذا تجرد في الحياة ؛ لزم من غير حكم كالعتق (لا يفسخ) الوقف (بإقالة ولا غيرها) لأنه عقد يقتضي التأبيد ، فكان من شأنه ذلك (ولا يوهب ولا يورث ولا يستبدل ولا يناقل به) ولو بخير منه (نصاً) للحديث السابق (ولا يباع) فيحرم بيعه ، ولا يصح ، وكذا المناقلة به (إلا أن تتعطل منافعه)؛ أي : الوقف (المقصودة) منه (بخراب أو غيره) مما يأتي التنبيه عليه

(بحيث لا يرد) الوقف (شيئاً) على أهله (أو يرد شيئاً لا يعد نفعاً) بالنسبة اليه، وتتعذر عمارته وعود نفعه (ولم يوجد) في ريع الوقف (ما يعمر به ولو) كان الخارب الذي تعطلت منفعته وتعذرت إعادته (مسجداً) حتى (بضيقه على أهله) المصلين به، وتعذر توسيعه في محله (أو) كان مسجداً، وتعذر الانتفاع به (لخراب محلته) أي: الناحية التي بها المسجد (أو استقذار موضعه) قال القاضي: يعني اذا كان ذلك يمنع من الصلاة فيه (أو) كان الوقف (حبيساً لا يصلح لغزو، فيباع) وجوباً. قال في «الفروع»: وإنما يجب بيعه؛ لأن الولي يلزمه فعل المصلحة، وهو ظاهر رواية الميموني وغيرها (ولو شرط) واقفه (عدم بيعه، وشرطه) إذن (فاسد) نصاً، وعلل بأنه ضرورة ومنفعة لهم؛ لحديث: «ما بال أقوام يشترطون شروطاً ليست في كتاب الله». الى آخره (ويصرف ثمنه في مثله) إن أمكن؛ لأن في إقامة البدل مقامه تأبيداً له وتحقيقاً للمقصود، فتعين وجوبه (أو في بعض مثله) قال في «الفروع» قاله أحمد: لأنه أقرب الى غرض الواقف، وقال الخرقي: لا يشترط أن يشتري من جنس الوقف الذي بيع، بل أي شيء اشتري بثمنه مما يرد على الوقف جاز. وقال الشيخ تقي الدين: وأما المسجد ونحوه فليس ملكاً لمعين باتفاق المسلمين، وإنما هو ملك لله، فإذا جاز إبداله بخير منه للمصلحة؛ فالموقوف على معين أولى بأن يعوض بالبدل، وإما أن يباع ويشترى بثمنه البدل، والإبدال بجنسه مما هو أنفع للموقوف عليه، وقال: إذا كان يجوز في المسجد الموقوف الذي يوقف للانتفاع بعينه — وعينه محترمة شرعاً — يجوز أن يبدل به غيره للمصلحة، لكون البدل أنفع وأصلح وإن لم تتعطل منفعته بالكلية، ويعود الاول طلقاً مع أنه مع متعطل نفعه بالكلية، فلأن يجوز الإبدال بالأنفع والأصلح فيما يوقف للاستغلال أولى وأحرى، فإنه عند أحمد يجوز ما يوقف للاستغلال للحاجة قولاً واحداً، وفي بيع المسجد روايتان، فإذا جوز على ظاهر مذهبه أن يجعل

المسجد طلقاً ويوقف بدله أصلح منـــه وإن لم تتعطل منفعة الاول، احرى، فإن بيع الوقف المستغل أولى من بيع المسجد ، وإبداله أولى من إبدال المسجد ؛ لأن المسجد تحترم عينه شرعاً ، ويقصد للانتفاع بعينه ؛ فلا تجوز إجارته ولا المعاوضة عن منفعته ، بخلاف وقف الاستغلال ؛ فإنه تجوز إجارته والمعاوضة عن نفعه ، وليس المقصود أن يستوفي الموقوف عليه منفعته بنفسه كما يقصد ذلك في المسجد الاول ، ولا له حرمة شرعية لحق الله تعالى كما للمسجد، وقال: يجب بيع الوقف مع الحاجة بالمثل، وبلا حاجة يجوز بخير منه للمصلحة، ولا يجوز بمثله لفوات التغيير بلا حاجة ، وذكره وجهاً في المناقلة ، وأومأ اليه الإمام أحمد ، وقال شهاب الدين بن قدامة في كتابه المناقلة في الأوقاف واقعة نقل مسجد الكوفة ، وجعل بيت المال في قبلته ، وجعل موضع المسجد سوقاً للتمارين اشتهرت بالحجاز والعراق ، والصحابة متوافرون ، ولم ينقل إنكارها ، ولا الاعتراض فيها من أحد منهم ، بل عمر هو الخليفة الآمر ، وابن مسعود هو المأمور الناقل ، فدل هذا على مساغ القصة والإقرار عليها والرضى بموجبها ، وهذه حقيقة الاستبدال والمناقلة ، وهذا كما أنه يدل على مساغ بيع الوقف عند تعطل نفعه ؛ فهو دليل أيضاً على جواز الاستدلال عند رجحان المبادلة ، ولأن هذا المسجد لم يكن متعطلا ، وإنما ظهرت المصلحة في نقله لحراسة بيت المال الذي جعل في قبلة المسجد الثاني انتهى . وصنف صاحب « الفائق » مصنفاً في جواز المناقلة للمصلحة سماه « المناقلة بالأوقاف وما في ذلك من النزاع والخلاف» قال في « الإنصاف »:وأجاد فيه ، ووافقه على جوازها الشيخ تقي الدين ،وابن القيم ، والشيخ عز الدين حمزة ابن شيخ السلامية ، وصنف فيه مصنفاً سماه : «دفع المثاقلة في بيع المناقلة » ووافقه على ذلك من أئمتنا جماعة في عصره .

(و) يجوز (نقل آلة)مسجد . (و) نقل (أنقاض مسجد جاز بيعه) كخرابه أو خراب محلته أو قذر محله (لمسجد آخر) إن (احتاجها) مثله -[واحتج الإمام

بأن ابن مسعود رضي الله عنه قد حول مسجد الجامع من التمارين أي : بالكوفة - (أولى من بيعه)] لبقاء الانتفاع من غير خلل فيه، وعلم من قوله الى مثله، أنه لا يعمر بآلة المسجد مدرسة ولا رباط ولا بئر ولا حوض ولا قنطرة ، وكذا آلات كل واحد من هذه الأمكنة ، لا يعمر بها ما عداه ؛ لأن جعلها في مثل العين ممكن ، فتعين ؛ لما تقدم . قاله الحارثي : ويصير حكم المسجد بعد بيعه للثاني الذي اشتري بدله . وأما اذا نقلت آلته من غير بيع ؛ فالبقعة باقية على أنها مسجد . قال حرب : قلت لأحمد : رجل بنى مسجداً فأذن فيه ، ثم قلعوا هذا المسجد ، وبنو مسجداً آخر في مكان آخر ، ونقلوا خشب هذا المسجد العتيق الى ذلك المسجد .قال: يرموا هذا المسجد الآخر العتيق ، ولا يعطلوه . قال الحارثي ، فلم يمنع النقل منع البيع وإخراج البقعة عن كونها مسجداً كما يجوز (تجديد بنائه) أي : المسجد (لمصلحته نصاً) لحديث عائشة أن النبي صلى الله عليه وسلم قال لها: «لولا أن قومك حديثو عهد بجاهلية لأمرت بالبيت فهدم، فأدخلت فيه ما أخرج منه ، وألزقته بالأرض ، وجعلت له بابين باباً شرقياً وباباً غربياً ، فبلغت به أساس إبراهيم » . رواه البخاري . ولا يجوز قسم المسجد مسجدين ببابين الى دربين مختلفين ؛ لأنه تغيير لغير مصلحة له .

(ويصح بيع بعضه) اي : الوقف اذا لم تمكن إجارته (لإصلاح باقيه) لأنه اذا جاز بيع الكل عند الحاجة ؛ فبيع البعض مع بقاء البعض أولى (إن اتحد الواقف والجهة) الموقوف عليها ، فإن اختلفا أو أحدهما ؛ لم يجز (إن كان) الموقوف (عينين) على جهة واحدة من واقف واحد ؛ كدارين خربتا، فتباع إحداهما لإصلاح الأخرى (أو) كان الموقوف (عيناً) واحدة؛ فيجوز بيع بعضها لاصلاح باقيها . ومحل ذلك إن لم تنقص القيمة ، أي : قيمة العين المبيع بعضها بالتشقيص ؛ لانتفاء الضرر ببيع البعض إذن ، وإلا بأن كان المبيع عيناً واحدة ، ونقصت القيمة بالتشقيص (بيع الكل) كبيع وصي لدين أو حاجة ، بل هذا أسهل ؛ لجواز تغيير صفاته لمصلحة . قال الشيخ تقي الدين :

[وجوز] جمهور العلماء تغيير صورته لمصلحة ؛ كجعل الدار حوانيت ، والحكورة المشهورة ،فلا فرق بين بناء ببناء ، وعرصة بعرصة . هذا صريح لفظه ، وقال أيضاً فيمن وقف كروماً على الفقراء يحصل على جيرانها به ضرر: يعوض عنه بما لا ضرر فيه على الجيران ، ويعود الأول ملكاً ، والثاني وقفاً انتهى . وإن توقفت عمارة المسجد على بيع بعض آلاته ؛ جاز ؛ لأنه الممكن من المحافظة على الصورة مع بقاء الانتفاع .

فائدة : يصح بيع شجرة موقوفة يبست ، وبيع جذع موقوف انكسر أو بلي ، أو خيف الكسر ، أو انهدم . نقل أبو داود أن الإمام أحمد سئل عن مسجد فيه خشبتان لهما ثمن تشعث ، وخافوا سقوطه أتباعان ، وينفق على المسجد ، ويبدل مكانها جذعين ? قال : ما أرى بـه بأساً . واحتج بدواب الحبيس التي لا ينتفع بها ، تباع ،ويجعل ثمنها في الحبيس . قال في « التلخيص » : اذا أشرف جذع الوقف على الانكسار ، أو داره على الانهدام ، وعلم أنه لو أخر لخرج عن كونه منتفعاً به ؛ فإنه يباع رعاية للمالية ، أو ينقض تحصيلاً [للمصلحة] . قال الحارثي : وهو كما قال . والمدارس والربط والخانات المسبلة ونحوها ؛ جائز بيعها عند خرابها على ما تقدم وجهاً واحداً . قال العلامة البهوتي في حاشيته على «الإقناع» : تنبيه : الخلوات المشهورة يمكن تخريجها عندنا من هذه المسألة مع ما تقدم من جواز بيع المنفعة مفردة عن العين كعلو بيت يبنى عليه ونحوه كما تقدم في أول البيع وفي الصلح ؛ إذ العوض فيها مبذول في مقابلة جزء من المنفعة ، فإذا كانت أجرة مثل المكان عشرين مثلاً ، ودفع لجهة الوقف شيئاً معلوماً على أن يؤخذ منه عشرة فقط ؛ فقد اشترى نصف المنفعة ، وبقي للوقف نصفها ؛ فيجوز في الحالة التي يجوز فيها بيع الوقف ، بل هو أولى ؛ لأن فيه بقاء عين الوقف في الجملة ، وعلى هذا فمقتضى ما تقدم في اجارة المشاع ؛ لا تصح إجارة الناظر ولا صاحب الخلو للآخر أو معه . ويصح بيعه ورهنه ،

لا وقفه ؛ لأنه يشترط أن يصادف عيناً ، لكن قد يقال : يؤخذ [من قول] الإمام فيما تقدم في وقف الماء ان كان شيئاً اعتادوه، صحة [وقفه اذا جرت به العادة] كما في هذا الزمن . هذا ما ظهر لي ، ولم أجده مسطوراً ، لكن القياس لا يأباه ، وليس في كلامهم ما يخالفه ، والله أعلم .

(ولا يعمر وقف من ريع) وقف (آخر) ولو على (جهته. وأفتى عبادة) من أئمة أصحابنا (بجواز عمارة وقف من ريع وقف آخر على جهته) ذكره ابن رجب في « طبقاته »، قال في « الانصاف » : وهو قوي ، بل عمل الناس عليه .

(ويجوز نقض منارة مسجد ، وجعلها في حائطه لتحصينه) من الكلاب ، نص عليه في رواية محمد بن الحكم ، ويجوز (اختصار آنية) موقوفة كقدور وقرب ونحوهما اذا تعطلت الى أصغر منها (وإنفاق الفضل على الإصلاح) محافظة على بقاء عين الوقف ، فإذا تعذر اختصارها ؛ بيعت وصرف ثمنها في آنية مثلها؛ رعاية للنفع الذي لأجله وقفت . قال في «الإنصاف» : وهو الصواب (ويبيعه) ؛ أي : الوقف حيث جاز بيعه (حاكم ان كان) الوقف (على سبل الخيرات ، كعلى المساجد) والقناطر والمدارس والفقراء والمساكين ونحو ذلك . قال الأكثر : قولاً واحداً، وقطع به صاحب «الرعاية» في كتاب الوقف ،والحارثي والزركشي في كتاب الجهاد ، وقال : نص عليه . قال في «المغني » بعد أن ذكر النص على جواز بيع عرصة المسجد : وتكون الشهادة في ذلك على الإمام انتهى. ووجه ذلك أنه فسخ لعقد لازم مختلف فيه اختلافاً قوياً ، فتوقف على الحاكم كما قيل في الفسوخ المختلف فيها ، وإلا يكن الوقف على سبيل الخيرات بأن كان على شخص معين أو جماعة معينين ، أو من يؤم أو يؤذن أو يبيت في هـذا المسجد ونحو ذلك؛ (فـ)يبيعه على المعتمد (ناظر خاص) إن كان ، وهو الصحيح . قال الزركشي : اذا تعطل الوقف فإن الناظر فيه يبيعه ، ويشتري بثمنه ما فيه منفعة يرد على أهل الوقف . نص عليه ، وعليه الأصحاب . قال في « الفائق »

ويتولى البيع ناظره الخاص ، حكاه غير واحد ، وجزم به في « التلخيص » و«المحرر »فقال: يبيعه الناظر فيه (والأحوط) أن يبيعه الناظر (بإذن حاكم) قاله في «التنقيح» لأنه يتضمن البيع على من سينتقل اليهم بعد الموجودين الآن ؛ أشبه البيع على الغائب .

(وبمجرد شراء البدل) لجهة الوقف (يصير وقفاً كبدل أضحية و) بدل (رهن أتلف) قال الحارثي عند قول الموفق في وطء الأمة الموقوفة: اذا أولدها؛ فعليه القيمة، يشتري بها مثلها يكون وقفاً ، ظاهره أن البدل يصير وقفاً بمجرد الشراء انتهى . قال في « الإنصاف» قلت : وهو ظاهر كلام كثير من الأصحاب هنا، لاقتصارهم على بيعه وشراء بدله،وصرح به في «التلخيص » فقال في كتاب البيع : ويصرف ثمنه في مثله ، ويصير وقفاً كالأول ، وصرح به أيضاً في « الرعاية » في موضعين ، فقال : فلناظره الخاص بيعه وصرف ثمنه في مثله أو بعض مثله ، ويكون ما اشتراه وقفاً كالأول ، وقال في أثناء الوقف : فإن وطيء فلا حد ولا مهر ، ثم قال : وفي أم ولده تعتق بموته، ويؤخذ قيمتها من تركته يصرف في مثله يكون بالشراء وقفاً مكانها ، وهذا صريح بلا شك ، وقال الحلواني في كتابه « المبتدي» : واذا خرب الوقف وانعدمت منفعته ؛ بيع ، واشتري بثمنه ما يرد [على] أهل الوقف وكان وقفاً كالأول. وقال ابن قندس في حواشي «المحرر» : الذي يظهر أنه متى وقع الشراء لجهة الوقف على الوجه الشرعي، ولزم العقد، أنه يصير وقفاً؛ لأنه كالوكيل في الشراء ،والوكيل يقع شراؤه للموكل ، فكذا هذا يقع شراؤه للجهة المشترى لها ، ولا يكون ذلك الا وقفاً انتهى،وهو الصواب، فيؤخذ منه أنه لو قصد الشراء لنفسه بمال الوقف ؛ لم يكن ما اشتراه وقفاً، ويطالب بالثمن ليشتري به مايكون وقفاً، وأنه لا يصير وقفاً اذا اشتراه للوقف إلا بعد لزوم البيع ؛ بأن ينقضي الخيار .

(والأحوط وقفه) لئلا ينقضه بعد ذلك من لا يرى وقفيته بمجرد الشراء

(وفضل غلة موقوف على معين استحقاقه) [مقدر] من الواقف (يتعين إرصاده) واقتصر عليه الحارثي ، وقال : وأما فضل غلة الموقوف على معين أو معينين أو طائفة معينة ؛ فيتعين إرصاده . ذكره القاضي أبو الحسين في فضل غلة الموقوف على نفقة إنسان ، وإنما يتأتى اذا كان الصرف مقدراً ، أما عند عدم التقدير فلا فضل ، إذ الغلة متفرقة . قال في « الإنصاف » : وهو واضح ، وقطع به في « المنتهى » (وقال الشيخ) تقي الدين : (إن علم أن ريعه يفضل دائماً ، وجب صرفه ؛ لأن بقاءه فساد له وإعطاؤه) ؛ أي : المستحق (فوق ما قدر له الواقف جائز) لأن تقديره لا يمنع استحقاقه. قال: ولا يجوز لغير الناظر صرف الفاضل؛ لأنه افتئات على من له ولايته . قال في « شرح الإقناع » : قلت : والظاهر لا ضمان، كتفرقة هدي وأضحية (ومن وقف على ثغر فاختل) الثغر الموقوف عليه (صرف) الموقوف (في ثغر مثله) أخذاً من مسألة بيع الوقف اذا خرب ؛ إذ المقصود الأصلي هنا الصرف الى المرابط فإعمال شرط الثغر المعين معطل له ؛ فوجب الصرف الى ثغر آخر .

قال في «التنقيح» : (وعلى نحو قياسه) ؛ أي: الثغر (نحو مسجد) كمدرسة (ورباط) وسقاية. صرح به الحارثي . قال: والشرط قد يخالف للحاجة، كالوقف على المتفقهة على مذهب معين ، فان الصرف يتعين عند عدم المتفقهة على ذلك المذهب إلى المتفقهة على مذهب آخر؛ أخذاً من مسألة بيع الوقف اذا خرب . قال: ولو وقف على مسجد أو حوض ، وتعطل الانتفاع بها ؛ صرف الى مثلها . ولو نذر الصدقة بمال في يوم مخصوص من السنة ، وتعذر فيه ؛ وجب متى أمكن (ونص) أحمد في رواية حرب (فيمن وقف على قنطرة فانحرف الماء) أو انقطع: (يرصد) مال الوقف (لعله) ؛ أي : الماء (يرجع) الى القنطرة ، فيصرف عليها ما وقف عليها ، فإن أيس من رجوعه ؛ [يصرف الى قنطرة أخرى ؛ لما تقدم (وما فضل عن حاجة نحو مسجد) كرباط] ومدرسة وخانكاة (من حصر وزيت ومغل وأنقاض وآلة) جديدة (وثمنها) ؛ أي : هذه الأشياء اذا بيعت

(يجوز صرفه في مثله) فإن فضل عن مسجد صرف في مسجد آخر ، وإن كان عن رباط ففي رباط وهكذا ، ويجوز صرفه (لفقير) نصاً ؛ لأنـه في معنى المنقطع . قال الحارثي : وإنما لم يرصد ؛ لما فيه من التعطيل ، فيخالف المقصود ، ولو توقفت الحاجة في زمن آخر — ولا ريع يسد مسدها — لم يصرف في غيرها؛ لأن الأصل الصرف في الجهـة المعينة ، وإنما سومح بغيرها حيث لا حاجة ؛ حذراً من التعطيل يؤيده أن شيبة بن عثمان الحجبي كان يتصدق بخلعان الكعبة. وروى الخلال بإسناده أن عائشة أمرته بذلك . ولأنـه مال الله ، ولم يبق له مصرف فجاز صرفه للفقراء .

(قال الشيخ) تقي الدين : يجوز صرف الفاضل في مثله (وفي سائر المصالح وفي بناء مساكن لمستحق ريعه القائم بمصلحته) انتهى .

(ويحرم حفر بئر) بمسجد ، ولو للمصلحة العامة . قال الحارثي في الغصب : وإن حفر بئراً في المسجد للمصلحة العامة ؛ فعليه ضمان ما تلف بها ؛ لأنه ممنوع منه ، ولأن منفعته مستحقة للصلاة ، فتعطيلها عدوان ، ونص على المنع في رواية المروذي (و) يحرم (غرس شجرة بمسجد لغير مصلحة راجحة) للمصلين كاستظلالهم بها ، ومقتضاه أن الحفر أو الغرس اذا كان فيه مصلحة راجحة ؛ وليست البئر أو الشجرة (ببقع المصلين)[1] ولم يحصل به ضيق، يجوز (فإن فعل)؛

---

(١) أقول : فائدة : كتب م ص في حاشيته على « الاقنـاع » عند قوله : فيصح بيعه ؛ أي: الوقف إذا تعطلت منافعه الخ فقال : تنبيه : الخلوات المشهورة يمكن تخريجها عندنا من هذه المسألة مع ما تقدم من جواز بيع المنفعـة مفردة عن العين، كعلو بيت يبني عليه ونحوه ، كما تقدم في أول البيع وفي الصلح أن العوض فيها مبذول في مقابلة جزء من المنفعة على التأبيد ، وذلك بيع ، وما يؤخذ من الأجرة من صاحب الخلو فهو في مقابلة الجزء الباقي من المنفعة ، فاذا كانت أجرة مثل المكان عشرين مثلا ، ودفع لجهة الوقف شيئاً معلوماً على أن يؤخذ منه عشرة فقط مثلا ، فقد اشترى نصف المنفعة ، وبقي للوقف نصفها ، فيجوز في الحالة التي يجوز فيها بيع الوقف ، بل هو أولى؛ لأن فيه بقاء عين الوقف في الجملة ، =

أي : بأن حفر البئر ، أو غرس الشجرة (طمت) البئر نصاً (وقلعت) الشجرة نصاً ، هـذا المذهب ، وجزم بـــه في « الفروع » وغيره . قال في « الرعاية الكبرى » و «الحاوي الصغير» : وإن غرست بعد وقفه ؛ قلعت . قال أحمد : غرست بغير حق ،ظالم غرس فيما لا يملك . وظاهره أنه لا يختص قلعها بواحد ، وفي «المستوعب» و « الشرح » : أنه للامام (فإن لم تقلع) الشجرة ؛ بأن أعرض عنها غارسها وأثمرت (فثمرها لمساكينه) ؛ أي: المسجد ، قال الحارثي : وهو المذهب . قال : والأقرب حله لغيرهم من المساكين أيضاً (وقال أحمـد : لا أحب الأكل منها) لأنها غرست بغير حق (وإن غرست) الشجرة (قبل بنائه)؛ أي : المسجد (ووقفت معه) ؛ أي : المسجد (فإن عين) الواقف (مصرفها) بأن قال: تصرف ثمرتها في حصر أو زيت ونحوه أو للفقراء ونحوهم (عمل به) ؛ أي : بما عينه الواقف(وإلا) يعين مصرفها، فكوقف (منقطع) تصرف ثمرتها لورثة الواقف نسبا وقفاً ، فإن انقرضوا فللمساكين .

(ويجوز رفع مسجد) اذا (أراد أكثر أهل محلته)؛ أي : جيرانه(ذلك) ؛ أي : رفعه (وجعل) تحت (سفله سقاية وحوانيت) ينتفع بها نص عليه في رواية أبي داود ؛ لمـا فيه من المصلحة ، وظاهره أنه يجوز لجنب ونحوه جلوس بتلك الحوانيت ؛ لزوال اسم المسجدية . ولا يجوز نقله ؛ أي : المسجد الى مكان غير مكانه الأول ، ولو خرب (مع إمكان عمارته و) لو (دون) العمارة (الاولى) لأن الأصل المنع ، فجوز للحاجة ، وهي منتفية هنا .

= وعلى هذا فقتضى ما تقدم في إجارة المشاع : لا تصح إجارة الناظر ولا صاحب الخلو إلا للآخر أو معه ، ويصح بيعه ورهنه لاوقفه؛ لأنه يشترط أن يصادف عينا،لكن قد يقال : يؤخذ من قول الإمام فيما تقدم في وقف الماء إن كان شيئاً اعتادوه صحة وقفه إذا جرت به العادة، كما في هذا الزمن، هذا ما ظهر لي،ولم أجده مسطوراً ، لكن القياس لايأباه ، وليس في كلامهم ما يخالفه والله تعالى أعلم . انتهى .

تنبيه : سئل الشيخ تقي الدين فيمن بنى مسجداً لله ، وأراد غيره أن يبني فوقه بيتاً وقفاً له ، إما لينتفع بأجرته في المسجد ، أو ليسكنه لإمامه ، ويرون ذلك مصلحة للامام أو للمسجد ، فهل يجوز ذلك أم لا ؟ فأجاب بأنه اذا كان ذلك مصلحة للمسجد بحيث يكون ذلك أعون على ما شرعه الله ورسوله فيه من الإمامة والجماعة وغير ذلك مما شرع في المساجد ؛ فإنه ينبغي فعله كما نص على ذلك ونحوه غير واحد من الأئمة ، حتى سئل الإمام أحمد عن مسجد لاصق بالأرض فأرادوا أن يرفعوه ، ويبنوا تحته سقاية ، وهناك شيوخ فقالوا : نحن لا نستطيع الصعود اليه ، فقال أحمد : ينظر ما أجمع عليه أكثرهم ، ولعل ذلك أن تغيير صورة المسجد وغيره من الوقف لمصلحة راجحة ؛ جائز ؛ إذ ليس في المساجد ما هو معين بذاته إلا البيت المعمور ، والا المساجد الثلاثة التي تشد اليها الرحال ؛ إذ هي من بناء الأنبياء عليهم الصلاة والسلام ، فكانت كالمنصوص عليه ، بخلاف المساجد التي بناها غيرهم ؛ فإن الأمر فيها يتبع المصلحة ، ولكن المصلحة تختلف باختلاف الأعصار والأمصار (ومر) في آخر باب اجتناب النجاسة (قبيل) باب (استقبال القبلة حكم تغيير) حجارة (الكعبة) أنه لا بأس به إن احتاجت لمرمة (ونحوه) كجواز البناء على قواعد إبراهيم عليه الصلاة والسلام ، فليراجع ، ومر في الفصل الأخير من كتاب (الاعتكاف حكم بناء المساجد) وما يجوز وما يمتنع فيها من الأقوال والأفعال .

خاتمة : قال الشيخ تقي الدين : والأرزاق التي يقدرها الواقفون ، ثم ثم يتغير النقد فيما بعد ، نحو أن يشرط مائة درهم ناصرية ، ثم يحرم التعامل بها ، وتصير الدراهم ظاهرية ؛ فإنه يعطى المستحق من نقد البلد ما قيمته قيمة المشروط .

باب الهبة

أصلها منْ هبوب الريح ؛ أي : مروره، يقال : وهبت له وهباً، بإسكان الهاء وفتحها، وهبة، واسم الموهب والموهبة بكسر الهاء فيهما ؛ والاتهاب قبول الهبة، والاستيهاب سؤال الهبة ، وتواهب القوم ؛ أي : وهب بعضهم بعضا ، ووهبته كذا، لغة قليلة ،وقد تطلق الهبة على الموهوب كما في الخبر: «لايحل لرجل أن يعطي عطية ، أو يهب هبة، ثم يرجع فيها إلا الوالد » وفي «المحكم»: لايقال: وهبكه، وعن السيرافي، أن بعض الاعراب قال: انطلق معي أهبك نبلة .

وهي شرعا (تمليك) خرج به العارية (جائز التصرف) وهو الحر المكلف الرشيد (مالاً) خرج به الكلب ونحوه (معلوماً) يصح بيعه منقولا أو عقاراً، (أو) مالا (مجهولا تعذر علمه) كدقيق اختلط بدقيق لآخر ، فوهب أحدهما للآخر ملكه منه ؛ فيصح مع الجهالة ، للحاجة ، ويشترط في المال الموهوب أن يكون (موجوداً مقدوراً على تسليمه) فلا تصح هبة المعدوم كما تحمل أمته أو شجرته، ولا هبة مالا يقدر على تسليمه كآبق وشارد، كبيعه (غير واجب) على مملكه ، فلا تسمى نفقة الزوجة والقريب ونحوهما هبة ، لوجوبها ، ولابد أن يكون التمليك منجزاً (في الحياة) خرج الوصية ، وهو متعلق بتمليك (بلا عوض) متعلق أيضاً به ، فإن كانت بعوض فبيع ، ويأتي (بما يعد هبة) من قول أو فعل ، كإرسال هدية ودفع دراهم لفقير (عرفاً) كالمعاطاة ، والهبة والصدقة والهدية والعطية معانيها متقاربة ، وكلها تمليك في الحياة بلا عوض (بخلاف عارية) فإنها إباحة (ونحو كلب) كخمر وجلد ميتة لعدم صحة بيعه (وحمل) لجهالته وتعذر تسليمه (ونفقة زوجة) لوجوبها (ووصية) إذ هي تمليك بعد الموت

(ونحو بيع) كإجارة ، لأنها عقدا معاوضة (ولا تصح) الهبة (هزلاً ولا تلجئة) [بأن لاتراد الهبة باطنا] كأن توهب في الظاهر ، وتقبض مع اتفاق الواهب والموهوب له على أنه ينزعه منه متى شاء ، أو توهب لخوف من الموهوب له أو غيره ؛ فلا تصح ، وللواهب استرجاعها إذا زال مايخاف ، أو جعلت الهبة طريقا الى (منع وارث) حقه أو منع (غريم حقه) فهي باطلة° لأن الوسائل لها حكم المقاصد (فمن قصد بإعطاء) لغيره (ثواب الآخرة فقط) فعطيته على هذا الوجه (صدقة و) إن قصد بإعطائه (إكراماً أو توددا أو مكافأة ، فعطيته (هدية ، وإلا) بأن لم يقصد بإعطائه شيئا مما ذكر فما أعطى (هبة وعطية ونحلة) ؛ أي : يسمى بذلك ، فالألفاظ الثلاثة متفقة معنى وحكماً (ويعم جميعها لفظ العطية) لشمولها لها (وهي) ؛ أي:المذكورات من صدقة وعطية وهدية (مستحبة لمن قصد بها وجه الله) تعالى، كالهبة(لعالم وصالح وفقير، و) ما قصد به (صلة الرحم) بل الصدقة على قريب محتاج أفضل من العتق لما في «الصحيحين» عند ميمونة: أنها اعتقت وليدة في زمان رسول الله صلى الله عليه وسلم فذكرت ذلك فقال : «لو أعطيتها لأخوالك كان أعظم لأجرك » . ولا ريب أن الصدقة أفضل من الهبة . قال الحارثي : وجنس الهبة مندوب ؛ لشموله معنى التوسعة على الغير ، ونفي الشح . قال: والفضل فيها يثبت بازاء ما قصد به وجه الله تعالى ، ولا خير فيما قصد به رياء أو سمعة انتهى ولا تستحب إن قصد بها مباهاة أو رياء أو سمعة ، بل تكره ؛ لقوله عليه الصلاة والسلام : « من يسمع يسمع الله به ، ومن يرائي يرائي الله به » . متفق عليه .

(قال الشيخ) تقي الدين (والصدقة أفضل من الهبة) لما ورد فيها مما لا يحصر (إلا أن يكون فيها) ؛ أي : الهبة (معنى يقتضي تفضيلها) على الصدقة (كالإهداء له صلى الله عليه وسلم محبة و) كالاهداء (لقريب لصلة الرحم أو) الاهداء (لأخ في الله) فهذا قد يكون أفضل من الصدقة على غيره (والهدية تذهب الحقد) لحديث أبي هريرة مرفوعاً : « تهادوا فإن

الهدايا تذهب وحر الصدر». والوحر بفتح الحاء المهملة : الحقد والغيظ (وتجلب المحبة) لحديث: «تهادوا تحابوا» (وتختص) الهدية (بالمنقولات) كالنقدين والجواهر والأسلحة والأواني والأمتعة والحيوانات. قال الحارثي: وإنما اختصت بالمنقولات؛ لأنها تحمل اليه، اذا تقرر ذلك (فلا) تصح هدية العقارات؛ لأنه لا (يقال: أهدى داراً) أو ضيعة أو بستاناً .

(ومن أهدى) شيئاً (ليهدى له أكثر) منه (فلا بأس به) لقوله عليه الصلاة والسلام: «المستغزر يثاب من هبته»[1] . (لغير النبي صلى الله عليه وسلم) فكان ممنوعاً منه ؛ لقوله تعالى : « ولا تمنن تستكثر »[2] ؛ أي : لا تعط شيئاً لتأخذ أكثر منه ، قال ابن عباس وغيره : وهو خاص بالنبي صلى الله عليه وسلم لأنه مأمور بأشرف الأخلاق وأجلها .

(ووعاء هدية كهي) فلا يرد (مع عرف) بذلك فإن لم يكن عرف رده ، قاله في «الفروع» . قال الحارثي: لا يدخل الوعاء إلا ما جرت به عادة (كقوصرة تمر) ونحوها انتهى .(وكره رد هبة وإن قلت) كذراع، أو كراع – بضم الكاف وتخفيف الراء وآخره عين مهملة – مستدق الساق من الرجل ومن حد الرسغ في اليد ، وهو من البقر والغنم بمنزلة الوظيف من الفرس والبعير ، ووظيف البعير خفه ، وهو كالحافر للفرس ؛ لحديث أبي هريرة مرفوعاً: «لو أهدي إلي ذراع أو كراع لقبلت». خصوصاً الطيب؛ لحديث: «ثلاثة لا ترد» فعد منها الطيب، ولحديث أحمد عن ابن مسعود مرفوعاً: «لا تردوا الهدية» وعلم منه أنه لا يجب قبول هدية وهبة ، ولو جاءت بلا مسألة ولا استشراف نفس . قال الحارثي : وهو مقتضى كلام المصنف ، يعني الموفق وغيره من

---

(١) قال في اللسان: قال بعض التابعين : الجانب المستغزر يثاب على هبته . ولم يقل: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم . والمستغزر : الذي يطلب أكثر مما يعطي .

(٢) سورة المدثر ، الآية : ٧

الاصحاب ، قالوا في الحج : لا يكون مستطيعاً ببذل غيره ، وفي الصلاة لا يلزم قبول السترة . قال في « الانصاف » : قلت : وهو الصواب .

(ويكافىء) المهدى له ؛ لحديث عائشة : « كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يقبل الهدية ، ويثيب عليها» . أخرجه البخاري (أو يد عوله) ؛ أي : اذا لم يستطع أن يثيب عليها ، فليذكرها، ويثني على صاحبها الذي أهداها (ندباً فيها) ؛ أي : في حال المكافأة وغيرها، فيقول : جزاك الله خيراً؛ لحديث جابر : « من أعطي عطاءاً ، فوجد ؛ فليجزيه ، فإن لم يجد فليثن به ، فمن أثنى به فقد شكره ، ومن كتمه فقد كفره » . أخرجه أبو داود ، ولحديث أسامة بن زيد مرفوعاً: «من صنع اليه معروف فقال: جزاك الله خيراً فقد أبلغ في الثناء» . رواه الترمذي وقال : حسن غريب . ويقدم في الهدية الجار القريب بابه على البعيد ؛ لحديث عائشة : « قالت قلت : يا رسول الله : ان لي جارين فلأيهما أهدي ؟ قال : الى أقربهما منك باباً» . ويجوز ردها لأمور، مثل أن يريد أخذها بعقد معاوضة؛ لحديث جابر في جمله: «قال له النبي صلى الله عليه وسلم بعني جملك هذا . قال قلت: لا بل هو لك . قال: لا بل بعينه » . رواه مسلم . أو يكون المعطي لا يقنع بالثواب المعتاد ؛ لما في القبول من المشقة حينئذ ، أو تكون الهدية بعد السؤال واستشراف النفس لها ؛ لحديث عمر : « اذا جاءك من هذا المال شيء وأنت غير مشرف ولا سائل فخذه ، ومالا فلا تتبعه نفسك » . وإشراف النفس فسره إبراهيم الحربي بأنه تطلب للشيء ، وارتفاع له ، وتعرض اليه ، أو لقطع المنة إذا كان على الآخذ فيه منة ، وقد يجب رد الهبة ، وأشار اليه بقوله : (إلا اذا علم) المهدى له (أنه)؛ أي : المهدي (أهدى حياءً فيجب الرد) ؛ أي : رد هديته اليه . قال ابن الجوزي في « الآداب » : وهو قول حسن ؛ لأن المقاصد في العقود عندنا معتبرة ، وكذا يجب رد هدية صيد لمحرم ؛ لأنه عليه الصلاة والسلام رد على الصعب بن جثامة هدية الحمار الوحشي ، وقال: «إنا لم نرده عليك إلا أنا حرم» .

(ويتجه) أنه اذا علم أنه أهدي له حياء، إما يجب عليه الرد، (أو) يجب عليه (العوض) وأن يكون العوض مثلها أو خيرا منها. (و)يتجــه ما ذكر (أنه يحمل على) من كان (بذيء لسان) ؛ أي : فاحشه (يخــاف منه) التسلط على من لم يكافئه بالهجو و (الذم) فإذا علم منــه ذلك ؛ فعليه أن يعوضه عن هديته خروجاً من عهدته واستنقاذاً له من تمزيق عرضه وارتكابه إثم الغيبة .
(و)يتجــه(أنه يحرم أكل نحو طفيلي) كملحٍّ على من بيده طعام ليستحي منه ويطعمه . والطفيلي من يجلس على مائدة غيره من غير دعوة ولا اذن منــه (و) يحرم أكل (ضيف كذلك) ؛أي: على وجه المحــاباة بأن يقيم في القرية زيادة على يوم وليلة ، ويكلف أهلها أن يضيفوه ، فيستحيون منه ، ويطعمونه ؛ فيحرم عليه الأكل من زادهم ؛ لأنه في معنى الغاصب ، وهو متجه [1] .

ويجب على من شفع شفاعة لآخر ،فأهدى له هدية أن يردها عليه ؛ لما (في حديث أبي داود : « من شفع لأخيه شفاعة ، فأهدى له هدية ؛ فقد أتى باباً عظيماً من أبواب الربا») . قال ابن رجب في القاعدة الخمسين بعد المائة : ومنها الهدية لمن يشفع له عند السلطان ونحوه ؛ فلا يجوز . ذكره القاضي ، وأومأ اليه أحمد ؛ لأنها كالأجرة ، والشفاعة من المصالح العامة ؛ فلا يجوز أخذ الأجرة عليها . ونص أحمد فيرواية صالح فيمن عنده وديعة ، فأداها، فأهديت له هدية أنه لا يقبلها الا بنية المكافأة انتهى .

(وقال أحمد : لا ينبغي للخاطب اذا خطب لقوم) امرأة (أن يقبل لهم هدية) لأن الخاطب كالشفيع ؛ وهو ممنوع من قبول الهدية ؛ لما روي عن عمر وعلي وابن مسعود وابن عباس ومسروق رضي الله عنهم في قوله تعالى : «سماعون

---

(١) أقول : ذكره الجراعي ، وقرر نحوا مما قرره شيخنا ، وهو ظاهر ؛ لأن منه ما هو صريح في كلامهم ، ومنه ما يؤخذ منه ، وقوله وأنه يحمل الخ أي : العوض إذا كان المهدي لايقبل رد هديته، وإذا ردت استطل بلسانه على المهدى له ، فتأمل . انتهى .

الكذب أكالون للسحت »[1] نزلت في اليهود كانوا يسمعون لمن يكذب عندهم، ويأخذون الرشوة ممن يحكمون له ، والهدية ممن يشفعون فيه » . وقال جماعة: السحت خمسة عشر. الرشوة ، [ومهر البغي ، وحلوان الكاهن ، وثمن الكلب، والنرد ، والخمر ، والخنزير ، والميتة ، والدم ، وعسب الفحل ، وأجر النائحة ، والمغنية ، والساحر ، وأجر مصور التماثيل .

(وإن شرط) بالبناء للمفعول (فيها) ؛أي:الهبة (عوض معلوم فـ)ـهو (بيع صحيح) نصاً كشرطه في عارية ، فيثبت فيها خيار مجلس ونحوه كالرد بالعيب ، واللزوم قبل التقابض ، وضمان الدرك ، ووجوب التساوي مع التقابض قبل التفرق في الربوي المتحد ؛ لأنه تمليك بعوض معلوم ؛ أشبه ما لو قال : بعتك أو ملكتك هذا بهذا، (و)ان شرط في الهبة ثواب (مجهول فـ)ـهو بيع (فاسد) لأنه عوض مجهول في معاوضة ؛ فلم يصح كالبيع ، وحيث كان حكمها حكم البيع الفاسد ، فترد بزيادتها المتصلة والمنفصلة ؛ لأنها ملك الواهب، وان تلفت أو زوائدها؛ ضمنها بمثلها إن كانت مثلية ، وقيمتها إن كانت متقومة، ولا يجوز أن يكافئه بالشكر والثناء ، نص عليه. (و)إن صدرت الهبة من شخص لآخر (مع اطلاق) بأن لم يشترط شيئاً ؛ فظاهره أنها (لا تقتضي عوضاً ،ولو) كان المهدي إنما (أعطاه) الهدية (ليعاوضه) عنها (أو) أعطاه الهدية ظناً منه أن المهدي اليه (يقضي له) ؛أي:لمن أهدى (حاجة) ولم يصرح له بذلك ؛ لأن مدلول اللفظ انتفاء العوض والقرينة لا تساويه ؛ فلا يصح إعمالها ، ولهذا لم نلحقه بالشرط (أو) كانت الهدية (من) شخص لمثله ، أو كانت من (أدنى لأعلى منه) وقول عمر : من وهب هبة يريد بها الثواب ؛ فهو على هبته يرجع فيها اذا لم يرض منها جوابه بأنها هبة على وجه التبرع ، فلم تقتض ثواباً كالوصية ، وقول عمر خالفه

---

(١) سورة المائدة ، الآية : ٤٢

ابنه وابن عباس ، وفي نسخة (ويتجه أن المنفي) في قوله لا يقتضي عوضاً (المعاوضة) ونفي وجوب المعاوضة (لا) يقتضي نفي جواز (الرجوع) وحينئذ فلمعطي الهدية رجاء المعاوضة أو قضاء حاجة ممن أهدي اليه ، فلم يفعل أن (يرجع) بهديته إن كانت باقية ، أو بدلها إن تلفت (كزوج) خطب امرأة ، و(وعد)ه أولياؤها أن يزوجوها منه (ولم يفوا له) بما وعدوه من التزويج ، وكان قد أهدى لهم بعد أن أجابوه قبل عدولهم عن التزويج ؛ فله الرجوع بما أهداهم ؛ لأنـــه دفع ذلك على عوض لم يسلم له ، فكان له الرجوع به ، وهو متجه [١] . (وإن اختلفا في شرط عوض) بأن قال الواهب : شرطنا العوض، وأنكره موهوب له (فقول) موهوب له (منكر) بيمينه ؛ لأن الأصل عدمه وبراءة ذمته . (وإن اختلفا في) الصادر منهما، فقال من بيده العين (وهبتني) ما بيدي)، فقال) مقبض (بل بعتكه ، ولا بينة) لواحدمنهما بما قاله ؛ فإنه (يحلف كل) منهما (على ما أنكر) من دعوى الآخر ؛ لأن الأصل عدمه (ولا هبة) بينهما (ولا بيع) لأنه لم يثبت واحد منهما ، وان أقام كل منهما بينة بما ادعاه (فيتجه باحتمال) قوي (تقديم بينة بائع) لمـــا معها من زيادة علم ، وهو إثبات الثمن ، ولأنهـــا مثبتة وتلك نافية ، والمثبت مقدم على النافي ، وهو متجه [٢] .

---

(١) أقول: ليس الاتجاه في نسخة الجراعي ، ولم أر من صرح به هنا ، ويأتي التصريح به في النكاح ، لكن قول شيخنا فلمعطي الهدية رجاء المعاوضة الخ . هـــذا لا يجري على المذهب ، بل على القول المرجوح ، فتأمل . انتهى .

(٢) أقول : قال الجراعي : ولم يظهر وجه تقديم بينة البائع ؛ لأن كلا منهما مدع عقداً صحيحاً ، ولا مرجح لأحدهما ؛ فوجود تعارض البينتين كعدمـــه . انتهى . قلت : لم أر من صرح به ، وكلام الجراعي ظاهر إلا أن يقال : وجه تقديم بينة مدعي البيع أنه يشبه الخارج ومدعي الهبة العين بيده يشبه الداخل ، هذا فيما يظهر ، وما قرره شيخنا في وجهه غير ظاهر لي ، فتأمل ذلك ، وليحرر . انتهى .

-(وتصح) الهبة بعقد (وتملك) العين الموهوبة (بـ) مجرد (عقد) وهو الإيجاب والقبول ؛ فالقبض معتبر للزومها واستمرارها ، لا لانعقادها ، وإنشائها . صرح بذلك صاحب « المغني » وأبو الخطاب في انتصاره وصاحب «التلخيص» وغيرهم، وقدمه في «الفائق». اذا تقرر ذلك ففطرة عبد موهوب قبل غروب ليلة الفطر على موهوب له – ولو لم يقبضه – لدخول وقت وجوب الفطرة ، وهو في ملكه (فيصح تصرف) موهوب له في الهبة بعد العقد .

(ويتجـه باحتمال) قوي أن يكون التصرف (موقوفاً) على القبض، فان وجد القبض تبينا أنه كان للموهوب له بقبوله، وإلا فهو للواهب. قاله ابن حامد. قال في « شرح الإقناع » : وهو وجه حسن (غير عتق) فإن القبض فيه غير معتبر ؛ لتشوف الشارع اليه ، فإذا وهب إنسان قناً لمن يعتق عليه ؛ فإنه بمجرد القبول يعتق على الموهوب له ، وهو متجه [1]. (قبل قبض) على المذهب ، نص عليه ، والنماء للمتهب .

وتصح هبة وتملك (بمعاطاة) مقترنة بفعل يدل على الهبة – وإن لم يحصل

---

(١) أقول : الذي مشى عليه المصنف تبعا للمنتهى من أن الملك يحصل بمجرد العقد ، هذا ينفذ فيه التصرف مطلقاً ، ولا يكون موقوفاً ، فلو رجع الواهب تعين له البدل ، كما يؤخذ من كلام الخلوتي ، وهو ظاهر ، وأما على قول من يقول بأن الملك موقوف على القبض ، فهذا يجري فيه احتمال المصنف في غـير العتق ؛ لأن الملك مراعى ، فالتصرف موقوف كما ذكره في شرح « الاقناع » وجها عن ابن حامد ، فاذا رجع الواهب تبـين بطلان التصرف كما قرره الخلوتي أيضاً ، وأما احتمال المصنف في العتق فعلى قول من يقول بالملك بالعقد ؛ فهذا نافذ ، ويتعين للراجع البدل كما تقدم ، وأما على قول من يقول بأن الملك موقوف على القبض ، ولا يملك إلا به ، فلم أر من صرح به ، ولا يظهر ، بل يظهر بطلانه ؛ لأنه تبين أنه أعتق مالا يملك كبقية التصرفات ، ولا يعتق عليه الموهوب لو كان يعتق عليه بالقبول ؛ لأنه تبين أنه لم يملكه ، ففيما قرره شيخنا تبعاً للجراعي مالا يخفى على المتأمل ، إلا ان يقال يصح أيضاً ؛ لتشوف الشارع إلى العتق ، فتأمل ، وتدبر . انتهى .

إيجاب ولا قبول – لأن المعاطاة والأفعال الدالة على الإيجاب والقبول كافية لا نحتاج الى لفظ ؛ فإن النبي صلى الله عليه وسلم كان يهدي ويهدى اليه ، ويعطي ويعطى ، ويفرق الصدقات ، ويأمر سعاته بأخذها وتفريقها ، وكان أصحابه يفعلون ذلك ، ولم ينقل عنهم إيجاب ولا قبول ، ولا أمر به ، ولا تعليمه لأحد ، ولو كان ذلك شرطاً لنقل عنهم نقلًا مشتهراً ، وقد كان ابن عمر على بعير لعمر : فقال النبي صلى الله عليه وسلم : « بعنيه » ، فقال: هو لك يا رسول الله ، فقال صلى الله عليه وسلم : «هو لك يا عبد الله بن عمر ، فاصنع به ما شئت » . ولم ينقل قبول النبي صلى الله عليه وسلم من ابن عمر ، ولا قبول ابن عمر من النبي صلى الله عليه وسلم ، ولأن دلالة الرضى بنقل الملك يقوم مقام الإيجاب، ألا ترى أنا اكتفينا بالمعاطاة في البيع ،واكتفينا بدلالة الحال في دخول الحمام، وهو إجارة وبيع أعيان ، فإذا اكتفينا في المعاوضات مع تأكدها بدلالة الحال ؛ فإنها تنقل الملك من الجانبين ؛ فلأن نكتفي به في الهبة أولى .

(ف-على المذهب(تجهيز بنته ،ويتجه باحتمال) قوي (أو) تجهيز(ابنه،أو) تجهيز (أخته) قال في « شرح الإقناع » ونحوها ، فعليه تجهيز أجنبي أو أجنبية كذلك ؛ لحصوله بالمعاطاة المكتفى بها عن الصريح ،وهو متجه [1] . (بجهاز لبيت زوج-)ها(تمليك)لها وقبول؛ لوجود المعاطاة بالفعل الدال على الهبة (وهي)؛ أي : الهبة اذا وقعت بإيجاب وقبول (في تراخي نحو قبول) عن إيجاب كبيع؛ فتصح ما داما في المجلس،ولم يتشاغلا بما يقطعها،(و)هي كبيع في (تقدمه)؛ أي : تقدم القبول على الإيجاب ؛ فيصح في الحال التي يصح فيها البيع ،ويبطل فيما يبطل

---

(١) أقول : قرر الجراعي أيضاً بأن تجهيز الاجنبي والاجنبية قياس ما قاله في شرح « الاقناع» . قلت: قال الشيخ عثمان قوله : أو بنته أو أخته ونحوهما كما في شرح«الاقناع» فالقيد أغلبي . انتهى . وعبارة الحفيد : فتجهيز نحو بنته بجهاز تمليك ، وكذا لو جهزها ، ولم يزوجها ، أو زوجها في بيته ، فان ذلك تمليك لها ؛ لوجود المعاطاة . انتهى .

فيه ، وغيرهما كانعقادها بكل لفظ أدى معناها ، وبالمعاطاة (و) كا (ستثناء) واهب (نفع) موهوب مدة معلومة صرح بصحته الموفق إجابة لسؤال ، واقتصر عليه ابن رجب (كمبيع) جزم به الحارثي ، واقتصر عليه في « الإنصاف » وتقدم تفصيله .

(ويصح استثناء حمل أمة وهبت فيه) كالعتق (و كذا) يصح استثناء (نحو لبن) كشعر (وصوف) من شاة وهبت ، وكذلك يصح استثناء نفع دار أو عبد وهبا مدة معلومة كالبيع والعتق .

(و) يحصل (قبول هنا وفي وصية بقول أو فعل دال على الرضى وقبضها ؛ أي : الهبة في الحكم (كـ) قبض (مبيع) فيكون في موهوب مكيل أو موزون أو معدود أو مذروع بكيله أو وزنه أو عده أو ذرعه ، وفيما ينقل بنقله ، وفيما يتناول بتناوله ، وفيما عدا ذلك بالتخلية .

(ولا يصح) قبض هبة (إلا بإذن واهب له) فيه ؛ لأنه قبض غير مستحق على الواهب ؛ فلم يصح بغير إذنه كأصل العقد وكالرهن (ولو) كان القبض (بمناولة) للموهوب له ، ويحصل الاذن في قبض هبة (بتخلية) بينها وبين الموهوب له ؛ لدلالة الحال عليه .

(وله) ؛ أي : الواهب (الرجوع) في هبة وفي إذنه في قبضها (قبله)؛ أي : القبض — ولو بعد تصرف المتهب — لبقاء الملك ، وليس الرجوع عنه رجوعاً في الهبة ؛ لأن ابطال الاذن إعدام له ، وعدمه لايوجب رجوعاً . قاله الحارثي ، وقال : وعتق الموهوب وبيعه وهبته قبل القبض رجوع ؛ لحصول المنافاة .

(ويكره) رجوعه عن الاذن في القبض خروجاً من خلاف من قال : ان الهبة تلزم بالعقد ، وعلى المذهب يملك الرجوع فيها (ولو بعد تصرفه) ؛ أي : المتهب ؛ لأن عقد الهبة لم يتم ، فلا يدخل تحت المنع (ويبطل إذن)

واهب في قبض هبة ، و (لا) تبطل (هي) ؛ أي : الهبة (بموت واهب) فيبطل إذنه للمتهب بموته ، كما لو وكله ثم مات(كـ)ـما تبطل (هي)؛ أي : الهبة (بموت متهب) قبل قبض موهوب،و(لا) تبطل الهبة بموت متهب (بعد قبض وكيله) للزومها بالقبض ، وأما اذا مات أحد المتعاقدين قبل القبول ؛ فإن العقد يبطل قولاً واحـــداً ؛ لعدم تمام العقد ، وإن مات واهب قبل اقباض ورجوع لم تبطل الهبـــة ؛ لأنه عقد عقداً مآله الى اللزوم ، فلم ينفسخ بموته كموت البائع في مدة الخيار (ويقوم وارث واهب مقامـــه في إذن) في القبض (و) في (رجوع)في الهبة، اذ عقد الهبة بالبيع المشروط فيه الخيار أشبه، بخلاف الوكالة .

تكميل : وإن وهب إنسان لغائب هبة وأنفذها الواهب مع رسول الموهوب له أو وكيله ، ثم مات أحدهما قبل وصولها ؛ لزم حكمها ، وكانت للموهوب له ؛ لأن قبضها كقبضه ، فلا يؤثر الموت بعد لزومها . وإن أنفذها الواهب مع رسول نفسه،ثم مات الواهب قبل وصولها إلى الموهوب له،أو مات الموهوب له ؛ بطلت وكانت للواهب أو ورثته ، لعدم القبض ؛ لحديث أم كلثوم بنت أبي سلمة قالت : لما تزوج رسول الله صلى الله عليه وسلم أم سلمة قال لها : إني قد أهديت إلي النجاشي حلة وأواق مسك ، ولا أرى النجاشي إلا قدمات ، ولا أرى هديتي إلا مردودة عليّ ، فإن ردت فهي لك . قالت : فكان ماقال رسول الله صلى الله عليه وسلم وردت عليه هديته ، فأعطى كل امرأة من نسائه أوقية من مسك وأعطى أم سلمة بقية المسك والحلة . رواه أحمد . وبطلان الهبـــة إذا مات الواهب بعد بعث رسوله بالهدية ؛ لعدم القبول كما يأتي ، وليس للرسول حمل الهبة بعـــد موت الواهب إلى الموهوب له ، إلا أن يأذن له الوارث ؛ لأن الحق صار إليه ، وكـذا حكم هـــدية وصدقة ، لأنها نوعان من الهبة .

(وتلزم) الهبة (بـ)مجرد (قبض) بإذن واهب؛ لقول الصديق لعائشة لما حضرته الوفاة: يابنية كنت نحلتك جذاذ عشرين وسقا، ولو كنت جذذتيه وحزتيه كان لك، وإنما هو اليوم مال الوارث، فاقتسموه على كتاب الله رواه مالك في «الموطأ»، وقال عمر: لا نحلة إلا نحلة يحوزها الولد دون الولد. وكالطعام المأذون في أكله، ويعتبر أن يكون القبض من (رشيد في غير تافه)؛ أي: قليل لا يعبأ به كرغيف ونحوه، فلا يشترط رشد قابضه (أو) بقبض (ولي غيره) - أي: غير الرشيد - كالصغير والسفيه والمجنون؛ لأنه قبول لما للمحجور عليه فيه حظ، فكان إلى الولي كالبيع والشراء ولا يصح القبول ولا القبض من غير الولي، وهو الأب أو وصيه أو الحاكم أو أمينه. قال أحمد في رواية صالح في صبي وهبت له هبة، أو تصدق عليه بصدقة، فقبضت الأم ذلك وأبوه حاضر فقال: لا أعرف للأم قبضا، ولا يكون إلا للأب، وإن عدم الولي فيقبض لغير الرشيد من يليه؛ لدعاء الحاجة إليه ويأتي. قال في «المغني»: فإن الصبي قد يكون في مكان لا حاكم فيه وليس له أب ولا وصي، ويكون فقيراً لا غنى به عن الصدقات، فإن لم يصح قبض غيرهم له، انسد باب وصولها إليه، فيضيع ويهلك، ومراعاة حفظه عند الهلاك أولى من مراعاة الولاية. (كـ)ما تلزم الهبة (بمجرد عقد فيما بيد متهب) كالوديعة والمغصوب، ولو لم يمض زمن يتأتى قبضه فيه. صححه في «المغني» و«الشرح» لأن قبضه مستدام، فأغنى عن الابتداء كما لو باعه سلعة، وتصح هبة المشاع من شريكه ومن غيره، منقولاً كان كجزء من نحو فرس أو غيره كجزء من عقار، سواء كان ينقسم أو لا كالعبد، لما في «الصحيح» أن وفد هوازن لما جاؤوا يطلبون من رسول الله صلى الله عليه وسلم أن يرد عليهم ماغنم منهم، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم: (ما كان لي ولبني المطلب فهو لكم).

(ويعتبر لصحة قبض مشاع ينقل)؛ أي: لجوازه أو لانتفاء ضمان حصة الشريك. ذكره ابن نصر الله (إذن شريك) فيه كالبيع؛ لأنه لا يمكن قبضه

الا بقبض نصيب شريكه ، وهذا بالنسبة لجواز القبض ، [لالزوم الهبة فتلزم به وإن لم يأذن شريكه ، ويكون نصيب القـــابض] مقبوضاً تملكا ونصيب الشريك ، مقبوضاً أمانة ، فإن أبى الشريك أن يسلم نصيبــه قيــل للمتهب : وكل الشريك في قبضه لك ونقله ، فإن أبى نصب الحـــاكم من يكون في يده لها ، فينقله،فيحصل القبض ؛ لأنه لا ضرر على الشريك في ذلك ، وإن أذن شريكه له في الانتفاع مجانا فكعارية في ضمانه إذا تلف ، ولو من غير تفريط ، وإذا كان أذن له في التصرف بأجرة ؛ فإن نصيبه يكون في يـد القابض أمانة كمأجور ؛ فلا ضمان فيه . وإن تلف بلا تعد ولا تفريط ولو كانت الأجرة مجهولة كأن استعمله ، وأنفق عليه مثلها بقصد المعاوضة ؛ لأن فاسد العقود كصحيحها في الضمان وعدمه ،وتقدم . وإن تصرف بلا إذن شريكه ، ولا إجارة، أو قبض بغير إذن الشريك فكغاصب ؛لأن يده عادية (وإن وهب ولي) كحاكم أو وصي (موليه) لم يتول طرفي العقد كالبيع و(وكل من يقبل) له الهبة منه ، بخلاف الأب ؛ فإن له أن يتولى طرفي العقد ، (ويقبض هو) ؛أي: الولي . قال في «المغني» : وإن كان الواهب للصبي غير الأب من أوليائه ، فقال أصحابنا: لا أن يوكل من يقبل للصبي ،ويقبض له ليكون الإيجاب منه والقبول من غيره كالبيع (ولا يحتاج أب وهب ولده لصغر) الى توكيل في القبول ؛ للاستغناء عنه بقرائن الأحوال(ويتجه) أيضاً ولا يحتاج أب وهب ولده لسفه (أو جنون) . قال البهوتي ، وهو متجه . (الى توكيل في القبول) لأنه يجوز للأب أن يبيع انفسه ؛ لانتفاء التهمة (فيكفي) قول الأب (وهبت ذا لولدي وقبلته له) فإن لم يقل : وقبلته أو وقبضته له؛ لم يكف على ظاهر رواية حرب؛ لتغاير القبضين فلا بد من تمييز ؛ لأن اليد التي لجهة المتهب هنـا هي نفس يد الواهب، فلا بد أن يدعيه في ثاني الحـال ، أو يدعيه الورثة تركـة ، فيذهب عن الطفـــل .

(ويغني قبض) هبة اذا كان قابضها رشيداً (عن قبول) فلا يفتقر الى لفظ القبول (لا عكسه) ؛ أي : لا يغني قبول الهبة عن قبضها ؛ لأن القبول اذا لم يتصل بالقبض لا يكون مانعاً من رجوع الواهب بها .

ولا يصح قبض طفل ـ ولو مميزاً ـ ولا قبض مجنون لأنفسهما، ولا قبولهما الهبة ؛ لانتفاء أهلية التصرف ، بل يقبل ويقبض لهما وليهما ؛ لأنــه المتصرف عليهما . فالأب العدل ولو ظاهراً يقوم مقامهما في ذلك ، ثم عند عدمه وصي ، ثم حاكم أمين كذلك، أو من يقيمونه مقامهم (وعند عدم ولي غير رشيد، يقبض له)؛ أي: لغير الرشيد(من يليه من نحو أم وقريب) وغيرهما (نصاً) قال ابن الحكم : سئل أحمد : يعطى من الزكاة الصبي ؟ قال: نعم يعطى أباه أو من يقوم بشأنه . وروى المرّوذي أيضاً نحوه . [قال الحارثي: وهو الصحيح ؛ لأنه جلب منفعة، ومحل حاجـة ، لكن يصح من الصبي ونحوه] قبض المأكول الذي يدفع مثله للصغير ؛ لحديث أبي هريرة : كان الناس اذا رأوا أول الثمار جاءوا بـــه الى رسول الله صلى الله عليـه وسلم ، فإذا أخذه قال : «اللهم بارك لنا في ثمرنا» ، ثم يعطيه أصغر من يحضر من الولدان . أخرجه مسلم .

تنبيه : وإن كان الأب غير مأمون أو كان مجنوناً، قبل الحاكم الهبـــة لولده ، أو كان الأب قـد مات ـ ولا وصي له ـ قبل له الحاكم ؛ لأنه وليه إذن .

(وما أهدي في) دعوة (ختان صبي) اتخذها أبوه (فـ) ـهو (لأبيه) لأنه الظاهر (إلا مع) وجود (قرينة) تقتضي (اختصاص) ذلك (بمختون، كثوب) فله (أو) تقتضي (اختصاص) ذلك (بأم، فلها، ككون مهد قريبها أو) كونه (معرفتها) حملا على العرف (وخادم الفقراء الذي يطوف لهم في الأسواق ما حصل له على اسمهم ، أو بنية قبضه لهم لا يختص به) لأنه في العرف إنما يدفع اليه للشركة فيه ، وهو إما وكيلهم أو وكيل الدافعين ، فينتفي الاختصاص (وما يدفع)

بالبناء للمجهول (من صدقة لشيخ زاوية) أو شيخ رباط (فالظاهر أنه لا يختص به) لأنه في العادة لا يدفع اليه اختصاصاً ، فهو كوكيل الفقراء أو الدافعين كما تقدم (وله التفضيل) في القسم (بحسب الحاجة) لأن الصدقة يراد بها سد الخلة ، مع أنه لم يصدر اليه ما يقتضي التسوية ؛ والظاهر تفويض الأمر اليه في ذلك (وما لم تجر عادة بتفريقه لقلته فيختص هو به) لأن الإعطاء صدر اليه ، ولا قرينة تصرفه عنه (ذكره الحارثي) رحمه الله تعالى (وهبة محجور عليه (ماله باطلة) لأنه ممنوع من التصرف (ولو) صدرت منه (بإذن وليه) لأنه تبرع ، وهبة سفيه كذلك ، ولو أذن فيها وليه .

(وتصح) الهبة (من قن بإذن سيد)ه، لأن الحجر عليه حق عليه لسيده ، فإذا أذنه انفك ،بخلاف الصغير ونحوه، و(لا)تصح الهبة بحيث تكون تمليكاً (له) ؛ أي : القن ؛ لأنه لا يملك بالتمليك ، وأما قبوله الهبة ؛ فيصح بلا ريب . قال في «المبدع» : وما اتهبه عبد غير مكاتب وقبله ؛ فهو لسيده ، ويصح قبوله بلا إذن سيده ، نص عليه . وقال في «المغني» و « الشرح » : وله أن يقبل الهبة بغير إذن سيده . نص عليه أحمد ؛ لأنه تحصيل المال للسيد ، فلم يعتبر إذنه فيه كالالتقاط،وما وهبه لسيده؛لأنه من اكتسابه،فأشبه اصطياده وقوله:(خلافاً له)؛ أي : لصاحب « الإقناع » فيه نظر ؛ اذ صاحب « الإقناع» لم يقل بجواز ملك الهبة للقن ، وإنما قال بجواز قبولها فقط ، ولا يلزم من جواز قبوله لها أن يملكها،وعبارته: وله أن يقبل الهبة والهدية بغير إذنه انتهى[1]. وقد ظهر لك بما

---

(١) أقول: ليس مراد المصنف ما قرره شيخنا ، وإنما مراده أن الهبة لاتصح له ، ولم أر من خالف «الاقناع » من المتأخرين أو اعترضه ، والذي يفهم من « الانصاف » أنه المذهب ، وأن القول بخلافه مرجوح ، وعلل شارح « الاقناع » وغيره ذلك بأنه كبقية أكساب الرقيق كالاصطياد ونحوه ، ولم أر المسألة في « المنتهى » وسيأتي فيه تبعاً =

ذكرناه من النقول أن قول المصنف خلافاً له، غير مقبول .

(ولا) تصح الهبة ؛ (لحمل) لأن تمليكه تعليق على خروجه حياً ، والهبة لا تقبل التعليق (ومن أبرأ) مدينه (من دينه) صح (أو وهبه لمدينه) صح (أو أحله منه) صح (أو أسقطه عنه) صح لأنه أتى بحقيقة اللفظ الموضوع له (أو تركه) له صح (أو ملكه له) صح لأنه بمنزلة هبته إياه (أو تصدق به عليه) صح لورود الإبراء في القرآن بلفظ الصدقة . قال تعالى : «ودية مسلمة الى أهله إلا أن يصدقوا»[1] .

(ويتجه) صحة التصدق عليه بما في ذمته ان كان (صدقه تطوع) إذ لا يصح جعل ما في الذمة عن صدقة واجبة، وهذا الاتجاه في غاية الجودة .

(أو عفا عنه صح) ذلك جميعه ، وبرئت ذمته ؛ لقوله تعالى : «إلا أن يعفون أو يعفو الذي بيده عقدة النكاح»[2] يعني به الإبراء من الصداق ، وكذا لو قال: أعطيتكه ونحوه ، ويكون ذلك إبراءً وإسقاطاً ، ولفظ الهبة والصدقة والعطية ينصرف الى معنى الإبراء ؛ لأنه لا عين موجودة يتناولها اللفظ . قال الحارثي : ولهذا لو وهبه دينه هبة حقيقة ؛ لم يصح ؛ لانتفاء معنى الإسقاط ، وانتفاء شرط الهبة ، ومن هنا امتنع هبته لغير من هو عليه ، وامتنع اجزاؤه عن الزكاة ؛ لانتفاء حقيقة الملك انتهى . ويصح الإبراء من الدين بالألفاظ السابقة (ولو) كان ذلك (قبل حلوله) ؛ أي : الدين (أو رد)

= « للتنقيح» في الموصى له أن الوصية لاتصح لقن الغير، وتابعه المصنف وخالف في «الاقناع» فقال بالصحة تبعاً للانصاف ، ومال اليه شارحه ، ولا فرق بين الهبة والوصية ، فحيث قلنا: لاتصح للقن فكذلك الهبة ؛ لأن كلا منها عقد تمليك ، لكن جزم في « التنقيح » بما في « الاقناع » هنا ، وقال مصنف « المنتهى » في شرحه عنه : إنه مخالف للقواعد، وأجاب عنه البهوتي في شرح « الاقناع » من كتاب البيع بما علل به هنا ، فالمصنف جرى هنا على القواعد ، فتأمل . انتهى .

(١) سورة النساء ، الآية : ٩٢ (٢) سورة البقرة ، الآية : ٢٧٣

المدين الإبراء، لأنه لا يفتقر الى القبول كالعتق والطلاق، بخلاف هبة العين لأنه تمليك (أو) كان الدين المبريء منه مجهولاً لهما أو لأحدهما، وسواء (جهل) هما أو أحدهما (قدره) أو جهلا وصفه أو جهلا القدر والوصف معاً (أو اعتقد) رب الدين المسقط له (عدمه) ؛ أي : الدين كقوله : أبرأتك من مائة يعتقد عدمها ، ثم تبين أنه كان له عليه، صحت البراءة، اعتباراً بما في نفس الأمر، وكمن باع مال أبيه ونحوه ظاناً حياته ، فتبين أنه مات ؛ لمصادفة الحق .

وتصح البراءة من المجهول ولو لم يتعذر علمه ؛ لأنه إسقاط حق فينفذ مع العلم والجهل، كالطلاق والعتق ، وتصح البراءة أيضاً من المجهول اذا لم يكن لهما سبيل الى معرفته ، أو كان يعلمه المبرىء فقط ، كما تصح من المعلوم . وظاهر كلام الأصحاب عموم صحة البراءة من المجهول في جميع الحقوق المجهولة . صرح به في « الفروع » آخر القذف (لا ان علمه) ؛ أي : الدين (مدين فقط وكتمه) من رب دين (خوفاً من أنه)؛ أي: رب الدين (ان علم) بالدين (لم يبرئه)؛ أي: رب الدين منه لم تصح البراءة؛ لأنه هضم للحق، وهو إذن كالمكره؛ لأنه غير متمكن من المطـــالبة والخصومة فيه، وإن أبرأه من درهم الى ألف، صح الإبراء في الألف وفيما دونه ، ولا يصح الإبراء من الدين قبل وجوبه ؛ لقوله عليه الصلاة والسلام: « لا طلاق الا فيما تملك ، ولا عتق إلا فيما تملك » . والإبراء في معناهما (أو) ؛ أي : ولا يصح الإبراء إن (علقه) رب دين بشرط نصاً، (فـ) قوله للمدين (إن مت فأنت في حل بفتح التاء، تعليق) فلا يبرأ (و) قوله إن مت (بضمها)؛ أي : التاء ، فأنت في حل (وصية) للمدين بالدين ، لأنه تبرع معلق بالموت .

(ولا تصح) البراءه (مع إبهام) المحل الوارد عليه الإبراء (كأبرأت أحد غريمي" أو) أبرأت غريمي هــذا (من أحد ديني") كوهبتك أحد هذين العبدين أو كفلت أحد الدينين (فلا يؤخذ ببيان خلافاً له) ؛ أي : لصاحب « الإقناع »، فإنه قدم الصحة تبعاً لاختيار الحلواني والحارثي ، فقال : ومن صور البراءة من

المجهول لو أبرأه من أحدهما. أو أبرأ أحدهما، ويؤخذ بالبيان، والذي جزم به في «التنقيح» و «المنتهى» عدم الصحة، وتابعهما المصنف على ذلك، وهو المذهب (ولو تبارآ)؛ أي : الدائن والمستدين ، (و)ظهر (لأحدهما على الآخر دين) مسطر (بـ)صك (مكتوب ، فادعى) من هو بيده (استثناءه) من الإبراء (قبل) قوله (بيمينه) لأنه غارم ، والله أعلم .

(فصل : وما صح بيعه) من الأعيان (صحت هبته) لأنها تمليك في الحياة، فصحت فيما صح فيه البيع ، وعلم منه أن كل ما لا يصح بيعه لا تصح هبته ؛ كأم الولد ، ويجوز نقل اليد في الكلب ونحوه مما يباح الانتفاع به ، وليس هبة حقيقية (و) صح (استثناء نفعه) ؛ أي : الشيء الموهوب في الهبة (عند إنشائها زمناً معيناً) كشهر وسنة ، قياساً على البيع فيما اذا شرط فيه البائع نفعاً معلوماً ، كسكنى الدار المبيعة شهراً، ونحو ذلك (وما لا) يصح بيعه (فلا) تصح هبته كالكلب وجلد الميتة المأكولة ، وإن جاز الانتفاع بهما .

(ويتجـه غير نحو جلد أضحية) كجلد هدي ؛ فإنه لا يصح بيعه ، وتصح هبته ، وهو متجه[1] .

وتصح هبة مصحف وإن قيل يمنع بيعه ، قال الحارثي : ولا أعلم فيه خلافاً (فلا تصح) هبة مجهول (كحمل ببطن ولبن بضرع وصوف على ظهر) خلافاً للشيخ تقي الدين في الأخيرة؛ للجهالة وتعذر التسليم، (فإن أذن رب شاة له)؛ أي: لانسان (في جز صوفـ)ـها (وحلبـ)ـها (فـ)ـهو (إباحة) لا هبة، وإن وهب دهن سمسم — وهو الشيرج — قبل عصره، أو زيت زيتونه، أو جفته قبل عصرهما ؛ لم يصح كاللبن في الضرع، وأولى لكلفة الاعتصار (فـ)قول رب مال لآخر (خذ من هذا الكيس ما شئت ؛ فله أخـذ كل ما به) ولو قال : خذ (من هذه الدراهم

---

(١) أقول : ذكره الجراعي ،وقال: وهو استثناء حسن . انتهى . وهو مصرح به في مواضع . انتهى .

ما شئت ؛ لم يملك أخذ الكل) إذ الكيس ظرف ، فإذا أخذ المظروف ؛ حسن أن يقال : أخذت من الكيس ما فيه ، ولا يحسن أن يقال : أخذت من الدراهم كلها . قاله ابن الصيرفي في «النوادر» (وكذا) ؛ أي : كالصورة التي قبلها قول مالك : (ما أخذت من مالي فهو لك أو) قوله : (من وجد شيئاً من مالي ، فله حيث لا قصد)فهو (هبة حقيقية كما) مر (في هبة دين)قال في «الاختيارات » بعد ذكره هاتين الصورتين وغيرهما : وفي جميع هذه الصور يحصل الملك بالقبض ونحوه ، وللمبيح أن يرجع فيما قال قبل التملك ، وهذا نوع من الهبة يتأخر القبول فيه عن الإيجاب كثيراً ، وليس بإباحة .

(ويتجه) صحة الهبة فيما ذكر ، وإن كان مجهولاً (و)أنه لا يرجع قائل ذلك (بعد قبض) أخذ ؛ لأن قبضه صادف اذناً صحيحاً من مالك ، فملك ما قبضه من المال ، وامتنع على المعطي الرجوع بشيء من المأخوذ .

(و) يتجه (أن باب الاباحة أوسع) من باب الهبة (و) يتجه (أن مثله) في الحكم (من يتصدق) على شخص فأكثر (جزافاً) ؛ أي : من غير وزن ولا كيل ولا عد كالصبرة ؛ فإنه يملكها قابضها ، وليس للمتصدق الرجوع بها بعد القبض؛ لأنها صارت مملوكة للآخذ وهو متجه [1] .

(ولا) تصح (هبة مجهول لهما) ؛ أي : الواهب والمتهب (لم يتعذر علمه) نصاً كنحل في كوارة ، وحمل في بطن ونحوه ، وتقدم آنفاً ؛ لأن الهبة تمليك ؛ فلا تصح في المجهول كالبيع (بخلاف أعيان اشتبهت) كزيت اختلطت بزيت ونحوه أو بشيرج (وتعذر فيه تمييزها) فتصح هبتها (كما مر في الصلح) لدعاء الحاجة الى ذلك (فمن وهب) أرضاً (أو تصدق) بأرض (أو وقف) أرضاً (أو

---

(١) أقول :ذكره الجراعي ، وأقره ، لكن قال عن قوله : ومثله من يتصدق جزافاً ؛ أي : بمجهول المقدار ، لم أر من أشار اليه ولا أصلا يقاس عليه . انتهى . قلت : هذه الابحاث منها ما هو صريح في كلامهم ، ومنها ما هو ظاهره ومقتضاه ، وقول الجراعي غير ظاهر ، فتأمل . انتهى .

وصى بأرض) يعني بجزء منها (أو باعها ؛ احتاج أن يحدها كلهـا) من الجهات الأربـع إن كانت مفروزة ، وإن كانت مشاعة يقول كذا سهماً من كذا سهماً ؛ لقوله في رواية صالح وسأله عن رجل بينه وبين قوم بيت مشاع غير مقسوم ، فتصدق أحدهم على بعضهم حصة مشاعاً غير مقسوم ، هل يجوز ذلك ؟ قال : اذا كان سهم من كذا وكذا سهم ؛ فهو جائز ، فإن قال : ثلثها أو نحوه ؛ صح (وقال أحمد : ما جاز بيعه جاز فيه الصدقة والهبة والرهن) وقال في رواية أبي داود ، وسئل عمن يهب ربع داره قال : هو جائز (وقال : اذا وقف أو أوصى بأرض مشاعة احتاج أن يحدها كلها ، وكذا البيع والصدقة هو عندي واحد) وأيضاً قيل له : وهبت منك نصيبي من الدار قال : إن كان يعلم كم نصيبه ؛ فهو جـــائز .

(ولا) تصح (هبة ما في ذمة مدين لغيره إلا لضامنه) لأنه غير مقدور على تسليمه .

(ولا) تصح هبة (ما لا يقدر على تسليمه) كمغصوب لغير غاصبه ، أو قادر على أخذه منه كبيعه .

(ولا) يصح (تعليقها) ؛ أي : الهبة على شرط مستقبل ، كإذا جاء رأس الشهر أو قدم فلان فقد وهبتك كذا ، قياساً على البيع ، وقوله صلى الله عليه وسلم لأم سلمة في الحلة المهداة الى النجاشي : « إن رجعت الينا فهي لك ». قال الموفق على معنى العدة ، وخرج بالمستقبل الماضي والحال ؛ فلا يمنع التعليق عليه الصحة ؛ كإن كانت ملكي ونحوه فقد وهبتكها (بغير موت) الواهب ؛ فيصح تعليقها به ، وتكون وصية ؛ لأنهـا تمليك لمعين في الحياة ، فلم يجز تعليقها على شرط كالبيع .

(ولا) يصح (اشتراط ما ينافيها) ؛ أي: الهبة (كأن) يشترط الواهب على المتهب أن (لا يبيعها) ؛ أي : العين الموهوبة (أو لا يهبها أو لا يأكلها ونحوه)

كلا يلبس الثوب الموهوب ؛ فـــلا يصح الشرط ؛ إذ مقتضى الملك التصرف المطلق ، فالحجر فيه مناف لمقتضاه (وتصح هي) ؛ أي : الهبة المشروط فيهـا ما ينافي مقتضاها مع فساد الشرط كالبيع بشرط أن لا يخسر .

(ولا) تصح الهبة (مؤقتة) كوهبتك شهراً أو سنة ؛ لأنه تعليق لانتهـاء الهبة ؛ فلا تصح معـــه كالبيع (إلا في العمرى والرقبى) فيصحان وهما (نوعان من أنواع الهبة) يفتقران الى ما تفتقر اليه سائر الهبات من الإيجاب والقبول والقبض ، ويصح توقيتها ، سميت عمرى ؛ لتقييدهـا بالعمر ، وسميت رقبى ؛ لأن كل واحد منهما يرقب موت صاحبه . قال أهل اللغة : يقال: أعمرته وعمرته مشدداً اذا جعلت له الدار مدة عمره أو عمري ، وكانت الجاهلية تفعله ، فأبطل الشرع ذلك(ك)قوله:(أعمرتك أو أرقبتك هذه الدار أو) هذه (الفرس أو) هذه (الأمة) قال ابن القطاع : أرقبتك أعطيتك ، وهي هبة ترجع الى المرقب ان مات المرقب ، وقد نهي عنه (ونصه) ؛ أي : الإمام (لا يطأ) الموهوب له الجارية المعمرة . نقل يعقوب وابن هانىء: من يعمر الجارية هل يطؤها ؟ قال : لا أراه (وحمل) القاضي النص المذكور (على الورع) لأن الوطء استباحة.

فرع:وقد اختلف في صحة العمرى، وجعلها بعضهم تمليك المنافع، فلم ير الإمام وطأها، لهذا قال ابن رجب في القاعدة الخامسة والثلاثين بعد المـــائة : وهو ؛أي : ما ذكره القاضي بعيد ، ثم قال : والصواب تحريمه ، وحمله على أن الملك بالعمرى قاصر(و) إن قال : (جعلتها) ؛ أي : الدار أو الفرس أو الجارية (لك عمرك أو) جعلتهـا لك (حياتك أو) جعلتها لك (عمري أو) جعلتها لك (رقبى أو) جعلتها لك (ما بقيت) أو ما حييت أو ما عشت (أو أعطيتكهـا عمرك ونحوه) كما بقيت أو حياتك أو عمرى أو رقبى (فتصح) الهبة في جميع ما تقدم ، وهي أمثلة العمرى (وتكون) العين الموهوبة (لمعطى ولورثته بعده إن كانوا، كتصريحه) بأن يقول المعمر: هي لك ولعقبك من بعدك (وإلا) يكن

للموهوب له وارث فهي (لبيت المال) نصاً كسائر الأموال المخلفة عنه ؛ لقوله عليه الصلاة والسلام : « أمسكوا عليكم أموالكم ، ولا تفسدوها ؛ فإنه من أعمر عمرى فهي للذي أعمرها حياً وميتاً » . وفي المتفق عليه عن جابر : « قضى النبي صلى الله عليـه وسلم بالعمرى لمن وهبت له » . واللفظ للبخاري . وخرج مسلم عن جابر: «العمرى ميراث لأهلها»،وقوله عليه الصلاة والسلام : «لا تعمروا ولا ترقبوا ، فمن أعمر عمرى فهي للذي أعمرها حياً وميتاً » . وعقبه إنما ورد على سبيل الإعلام لهم بنفوذها بدليل السياق ، ويؤيده الحديث الأول ، ولو أريد به حقيقة النهي لم يمنع الصحة ؛ لأن الضرر فيها على فاعلها ، وما كان كذلك النهي عنه لا يقتضي فساده كالطلاق في الحيض ، وإن أضاف الهبة الى عمر غير الموهوب له، بأن قال : وهبتك الدار ونحوها عمر زيد ؛ لم تصح الهبة ؛ لأنها مؤقتة ، وليست من العمرى ولا الرقبى (وإن شرط) واهب على موهوب له (رجوعها) ؛ أي : الهبة (في لفظ إرقاب ونحوه) كإعمار (لغيره) عند موت الموهوب قبله ، نحو أن يقول : وهبتك هذه الدار ، وهي لك عمرك على أنك ان مت قبلي عادت الي أو الى فلان ، وإن مت أو مات قبلك استقرت عليك؛ فهي الرقبى ؛ لأن كلًا منهما يرقب موت صاحبه،(أو) شرط واهب [رجوعها (له) بنفسه (عند موته) ؛ أي : فلان (أو) عند (موت متهب قبله)] ؛ أي : قبل واهب (أو شرط) واهب (رجوعها) ؛ أي: الهبة(مطلقاً) ؛ أي : من غير تقييد بموت أو غيره (اليه) ؛ أي : الى الواهب (أو الى ورثته أو) شرط واهب رجوعها الى (آخرهما موتاً ؛ لغي الشرط ، وصحت) الهبة (لمعمر) اسم مفعول (و)بعده(لورثته) فإن لم يكونوا فلبيت المال(كالأول)أي: كالمذكور أولا من صور العمرى،ولا ترجع العين الى واهب؛لقوله صلى الله عليه وسلم : «لا ترقبوا ولا تعمروا ؛فمن أرقب شيئاً ، أو أعمره ؛ فهو لورثته » . قال الحارثي: والسند صحيح بلا إشكال. وأخرجه أبوا داود والنسائي وغيرهما ، وروى أحمد وغيره

نحوه من طرق مختلفة ؛ فهذه نصوص تدل على ملك المعمر والمرقب مع بطلان شرط العود ؛ لأنه إذا ملك العين لم تنتقل عنه بالشرط ، ولأنه شرط ينافي مقتضى العقد ؛ فصح العقد ، وبطل الشرط ؛ كشرطه في البيع أن لا يبيع. ولو جعل اثنان كل منهما داره للآخر على أنه إن مات قبله عادت اليه فرقبى من الجانبين .

فائدة: وإن قال أحد شريكين في قن للقن المشترك : أنت حبيس على آخرنا موتا، لم يعتق بموت الأول منهما، ويكون في يد الآخر عارية ، فإذا مات عتق. ذكره القاضي في «المجرد» انتهى .

(و) لا يصح إعمار المنفعة ولا إرقابها، فلو قال رب بيت لآخر (منحتكه عمرك) فعارية قال في «القاموس» : منحه الناقة جعل له وبرها ولبنها وولدها، وهي المنحة والمنيحة ، أو قال . منحتك (غلته) أي :البيت لك عمرك ، (أو) قال رب بيت أو بستان: منحتك (سكناه) أي : البيت أو البستان عمرك ؛ فعارية ، (أو) قال رب عبد: منحتك (خدمته لك) عمرك (فعارية وإباحة تلزم في قدر ما قبضه من غلة قبل رجوع) المانح، وعلم منه أن للمانح الرجوع في منحته متى شاء في حياة الممنوح وبعد موته ؛ لأنه هبة منفعة ، ويصح إعمار منقول وإرقابه من حيوان كعبد وجارية ونحوهما كبعير وشاة وغير حيوان كثوب و كتاب ؛ لعموم ما تقدم من قوله عليه الصلاة والسلام : « فمن أرقب شيئاً أو أعمره ؛ فهو لورثته » .

(تنبيه : يصح عد شروط هبة أحد عشر : كونها من جائز تصرف) فلا تصح من محجور عليه (مختار) فلا تصح من مكره (جادّ) فلا تصح من هازل (بمال) معلوم أو مجهول تعذر علمه ، وتقدم في الفصل قبله (يصح بيعه) فلا تصح هبة ما ليس بمال (بلا عوض) فإن كانت بعوض فهي بمعنى البيع (لمن يصح تملكه) وهو الحر (مع قبوله) ان كان رشيداً (أو) قبول (وليه) إن

كان محجوراً عليه ، ويعتبر وجود القبول (قبل تشاغل بقاطع) عرفا (مع تنجيز) لهبة في الحال ، (أو) مع (عدم توقيت) إلا في العمرى والرقبى، وتقدم .

(فصل) : في حكم عطية الأولاد وحكم الرجوع فيها وغير ذلك .

(ويجب على واهب) ذكر أو أنثى (تعديل بين من يرث) من الواهب (بقرابة لا زوجية) وولاء ، فلا يجب التعديل بينهم ، بخلاف القرابة (من ولد وغيره) كأب وأم وأخ وابنه وعم وابنه في عطيتهم ؛ لحديث جابر قال : «قالت امرأة بشير لبشير: أعط بني غلاما ، وأشهد لي رسول الله صلى الله عليه وسلم ، فأتى رسول الله صلى الله عليه سلم فقال : ان ابنة فلان سألتني أن أنحل ابنها غلامي ، قال : أله إخوة ؟ قال: نعم قال: كلهم أعطيت مثل ما أعطيته؟ قال : لا . قال : فليس يصلح هذا ، واني لا أشهد الا على حق » . رواه أحمد ومسلم وأبوا داود وأحمد من حديث النعمان بن بشير ، وقال فيه: «لا تشهدني على جور، إن لبنيك عليك من الحق أن تعدل بينهم». وفي لفظ لمسلم : «اتقوا الله واعدلوا في أولادكم». وللبخاري مثله، لكن ذكره بلفظ العطية ، فأمر بالعدل بينهم ، وسمى تخصيص أحدهم دون الباقين جورا ، والجور حرام ، فدل على أن أمره بالعدل للوجوب ، وقيس على الأولاد باقي الأقارب بجامع القرابة، وخرج منه الزوجات والموالي؛ فلا يجب التعديل بينهم في الهبة ، ومحل وجوب التعديل (في هبة) شيء (غير تافه) لأنه يتسامح به ، فلا يحصل التأثر والتعديل الواجب (بكونها) أي : العطية للأولاد والإخوة لغير أم ونحوهم (بقدر إرثهم) منه (للذكر مثل حظ الأنثيين) اقتداء بقسمة الله تعالى ، وقياسا لحالة الحياة على حالة الموت . قال عطاء : ما كانوا يقسمون إلا على كتاب الله تعالى .

فائدة : نص أحمد في رواية صالح وعبد الله وحنبل فيمن له أولاد زوج بعض بناته فجهزها وأعطاها ، قال : يعطي جميع ولده مثل ما أعطاها . وعن جعفر بن محمد: سمعت أبا عبد الله يسأل عن رجل له ولد يزوج الكبير ، وينفق

عليه ، ويعطيه ، قال ينبغي له أن يعطيهم كلهم مثل ما أعطاه ، أو يمنحهم مثل ذلك. وروى عنه المروذي وغيره معنى ذلك ، وقد استوعبها الحارثي رحمه الله تعالى (إلا في نفقة و كسوة فتجب الكفاية) دون التعديل ، ونقل أبو طالب : لا ينبغي ان يفضل أحداً من ولده في طعام وغيره. قال إبراهيم : كانوا يستحبون التسوية بينهم حتى في القبل. قال في « الفروع » : فدخل فيه نظر وقف (وحل) لمن ذكر من أب وأم وغيرهما (تفضيـــل) لبعض أقاربه الذين يرثونه (بإذن باق) منهم ؛ لأن العلة في تحريم التخصيص كونه يورث العداوة ، وقطيعة الرحم ، وهي منتفية مع الإذن (وإلا)بأن خص بعضهم بالعطية ، أوفضله بالإعطاء بلا إذن الباقي (أثم) لما تقدم (ورجـع) الأب وجوبا دون الأم وغيرها فيما خص به أو فضل بعضهم (ان جاز) أي : إن أمكن رجوعه به بأن كان باقيا ، وقدر على استرجاعه ، أو (أعطى حتى يستووا) بمن خصه نصا (فلو زوج أحد ابنيه) في صحته (بصداق) أداه الأب (من عنـده)ثم مرض الأب مرض الموت المخوف (وجب عليه) أي : الأب (إعطاء) ابنه (الآخر مثله)أي : مثل ما أعطى الأول ليستوي بمن خصه . قال في « الاختيارات» : وينبغي أن يكون على الفور (ولو بمرض موته) لأن التسوية بينهما واجبة ، ولا طريق لها في هذا الموضع الا بعطية الآخر ، فتكون واجبة ؛ إذ لا يمكن الرجوع هناك على الأول ؛ لأن الزوجة ملكت الصداق بالعقـد (ولا يحسب) ما يعطيه الأب لابنه الثاني (من الثلث) مع أنه عطية في مرض الموت (لأنه تدارك للواجب ؛ أشبه قضاء الدين) ويجوز للأب تملك ما يعطيه التسوية بلا حيلة ، قدمه الحارثي ؛ وتبعه صاحب «الفروع» (فإن مات) معط (قبله) أي : التعديل (وليست) العطية (بمرض موته) المخوف (ثبتت العطية لآخذ) ؛ فلا يملك بقية الورثة الرجوع ، نص عليه في رواية محمد بن الحكم والميموني ؛ لخبر الصديق ، وتقدم ، وكما لو كان الآخذ أجنبيا ؛ لأنها عطية لذي رحم ؛ فلزمت بالموت كما لو انفرد .

(وتحرم الشهادة على تفضيل أو تخصيص تحملا وأداءاً) ولو كان الأداء بعد موت المخصص والمفضل (إن علم) الشاهد بالتخصيص أو التفضيل ؛ لما تقدم من قوله عليه الصلاة والسلام : لبشير «لا تشهدني على جور» . فإن قيل : فقد ورد بلفظ «فأشهد على هذا غيري»، وهو أمر ، وأقل أحواله الاستحباب ، فكيف تحرم الشهادة ، فالجواب أنه تهديد) كقوله تعالى : « اعملوا ما شئتم »[1] ولو لم يفهم هذا المعنى بشير ؛ لبادر إلى الامتثال ، ولم يرد العطية (وكذا) في حكم تحريم الشهادة عليه (كل عقد فاسد عنده) أي : الشاهد ، فتحرم الشهادة عليه تحملا وأداء كنكاح بلا ولي وبيع غير مرئي ولا موصوف ؛ لاعتقاده عدم جوازه قياساً على التخصيص إن لم يحكم به من يراه (ولا يجب على مسلم التسوية بين أولاده [من أهل] الذمة قاله الشيخ) تقي الدين ، وكلام غيره لا يخالفه ؛ لأنهم لا يرثون منه .

تنبيه : ولا فرق في امتناع التخصيص والتفضيل بين كون البعض ذا حاجة أو زمانة أو عمى أو عيال أو صلاح أو علم أو لا ، ولا كون البعض الآخر فاسقا أو مبتدعا أو مبذرا، أو لا ، وهو ظاهر كلام الأصحاب ، ونص عليه في رواية يوسف بن موسى في الرجل له الولد البار الصالح وآخر غير بار ؛ لا ينيل البار دون الآخر (واختار الموفق وغيره) كابن رزين في شرحه والناظم (جواز تفضيل) لبعض الورثة (لمعنى حاجة أو زمانة أو عمى أو كثرة عائلة أو اشتغال بعلم) ونحوه كصلاح (وكذا لو منعه) أي : منع الأب بعض ولده (لفسقه أو بدعته أو كونه يعصي الله بما يأخذه) استدلالا بتخصيص الصديق عائشة رضي الله عنها ، وليس إلا لامتيازها بالفضل ، ولنا عموم الأمر بالتسوية ، وفعل الصديق يحتمل أنه نحل معها غيرها ، أو أنه نحلها وهو يريد أن ينحل غيرها ،

---

(١) سورة فصلت ، الآية : ٤٠

فأدرك المرض ونحوه (وتبـــاح) لمن له ورثة (قسمة ماله بين ورثته) نقله الأكثر على فرائض الله تعـالى ، ولو أمكن أن يولد له ؛ لأنها قسمة ليس فيها جور ، فجازت في جميع ماله كبعضه (ويعطى) وارث (حادث) بعدالقسمة (حصته) مما قسم (وجوبا) ليحصل التعديل ، وإن حدث الوارث بعد موته ؛ استحب للمعطي أن يساوي المولود الحادث بعـد مورثه ؛ لما فيه من الصلة ، وإزالة الشحناء، والفرق بين ما هنا وما سبق في الوقف من قوله : دخل الموجودون فقط أن التسوية في العطية واجبة ، وفي الوقف مستحبة ، ولأن الوقف لا يتأتى الرجوع فيه ، بخلاف العطية (وسن لواقف)شيئاً (على ورثته) أن يسوي بينهم بأن لا يفضل ذكراً على أنثى) من أولاد وإخوة ونحوهم(الا لحاجة عائلة ونحوه) كزمانة وعمى واشتغال بعلم (قيل لأحمد : فإن فضل . قال : لا يعجبني على وجه الأثرة إلا لعيال بقدرهم) وتقدم في الوقف بأوضح من هذا .

(ويصح) من مريض مرض الموت (وقف ثلثه) فأقل (في مرضه) المخوف (على بعضهم) أي : الورثة . قال أحمد في رواية جماعة منهم الميموني: يجوز للرجل أن يقف في مرضه على ورثته، فقيل له أليس تذهب أنه لا وصية لوارث ؟ فقال : نعم ، والوقف غير الوصية ؛ لأنه لا يباع ولا يورث ولا يصير ملكا للورثة ؛ أي: ملكا مطلقاً ، واحتج في رواية احمد بن الحسن بحديث عمر حيث قال هذا ما أوصى به عبد الله عمر أمير المؤمنين إن حدث به حدث أن ثمغاء صدقة، والعبد الذي فيه والسهم الذي بخيبر ورقيقه الذي فيه والمائه وسق الذي أطعمني محمد صلى الله عليه سلم تليه حفصة ما عاشت، ثم يليه ذو الرأي من أهله ، لا يباع ولا يشترى تنفقه حيث ترى من السائل والمحروم وذي القربى ، ولا حرج على من يوليه ان أكل واشترى رقيقا . رواه أبو داود بنحو من هذا ويجري الوقف على بعض ورثته مجرى الوصية في أنه ينفذ من الثلث كالوصية به لا في توقفه على الإجازه كما تقدم ، فلو وقف داراً لا يملك غيرها على ابنه وبنته بالسوية

فردا ؛ فثلثها وقف بينهما بالسوية ، وثلثاها ميراث ، وإن رد الابن وحده ؛ فله ثلث الثلثين إرثا وللبنت ثلثها وقفا ، وإن ردت البنت وحدها ، فلها ثلث الثلثين إرثا ، وللابن نصفها وقفا ، وسدسها إرثا ، لرد الموقوف عليه ، وكذا لورد التسوية فقط دون أصل الوقف كما لو قـال : رددت تسوية والدي بيني وبين أختي في الوقف ؛ فإنه يبطل الوقف في سدس الثلثين وهو نصف البنت الذي به حصلت التسوية ، ويبقى لها ثلث الثلثين وقفا عليها ، والسدس الذي يبطل الوقف فيه يكون إرثا للابن ؛ لأن أباه لم يجعل له من الثلثين من وقف غير النصف ، فلا نحكم بوقفية هذا السدس عليه من غير مقتضى ، وبهذا يظهر وجه التشبيه بين هذه المسألة ومسألة ما إذا ارادت البنت وحدها وهو أن نصف الثلثين للابن وقفا ، وسدسها له إرثا في الصورتين ، فهذا هو الجامع بينهما .

و (لا) ينفذ وقف مريض (بـ) جزء (زائد على الثلث) أي: ثلث ماله كسائر تبرعاته (ولو) كان وقفه (على أجنبي) كالعطية في المرض والوصية (ويتجه) أنه (لا) ينفذ وقف المريض ما زاد على الثلث (بلا إجازة) من الورثة سواء كان الوقف على بعضهم أو على أجنبي كالعطية في المرض ، وهو متجه [1] .

(فصل : وحرم ولا يصح رجوع واهب) في هبته (بعد قبض معتبر) بأن يكون من جائز التصرف أو وكيله ؛ للزومها به (ولو) كانت الهبة (صدقة وهدية ونحلة ، أو نقوطا وحمولة في نحو عرس) كختـــان ؛ لقوله عليه الصلاة والسلام : « العائد في هبته كالكلب يقيء ثم يعود في قيئه » . متفق عليه . وفي رواية لأحمد قال قتادة: ولا أعلم القيء إلا حراما ، وسواء عوض عنهـا أو لم يعوض ؛ لأن الهبة المطلقة لا تقتضي الثواب وتقدم (الا من وهبت زوجها) شيئا (بمسألتـــه) إياها له (ثم ضرها بطلاق أو غـــيره) كما لو تزوج عليها. نقل أبو طالب إذا وهبت له مهرها ، فإن كان سألها ذلك رده إليهـا رضيت أو

---

(١) أقول : مصرح بها في الاتجاه . انتهى .

كرهت ؛ لأنها لا تهب الا مخافة غضبه أو اضرار بان يتزوج عليها ، وان لم يكن سألها وتبرعت به ؛ فهو جائز انتهى . لأن شاهد الحال يدل على أنها لم تطب بها نفسا وانما ابلحه الله تعالى عند طيب نفسها بقوله تعالى : « فإن طبن لكم عن شيء منه نفسا فكلوه هنيئاً مريئاً » [1] وغير الصداق كالصداق .

(وبتبعه) أنها (لا) ترجع على الزوج (مطلقاً بل) ترجع عليه (بشروط) كما لو وهبته لتدفع ضرر ، فلم يندفع ، أو لوجود شرط فلم يوجد ، وهذا قول مرجوح في المذهب [2] (و) إلا (الأب) الأقرب ؛ لحديث ابن عمر وابن عباس مرفوعا : « ليس لأحد أن يعطي عطية ويرجع فيها إلا الوالد فيما يعطي ولده » . رواه الترمذي وحسنه . ولا فرق بين أن يقصد برجوعه التسوية بين أولاده وبين غيره ، ولو وهب كافر لولده الكافر شيئاً ، ثم أسلم الولد ؛ فلأبيه الرجوع في هبته ، خلافا للشيخ تقي الدين ، وفرق أحمد بين الأب والأم . قال في رواية الأثرم : ليس هي عندي كالرجل ؛ لأن له أن يأخذ من مال ولده ، بخلاف الأم وبولايته وحيازته جميع المال وهذا في الأب (الواحد خاصة) [3]

---

(١) سورة النساء ، الآية : ٤

(٢) أقول : لم يتعرض الجراعي لكونه قولا ، بل أقره . قلت : البحث لم أر من صرح به ، ولا مايدله عليه ، وهو قياس على مسألة رجوع الاب ، لكنه غير ظاهر للفرق بينهما ، وصرح الشيخ منصور في حاشية « الاقناع » بخلافه ، وتبعه الشيخ عثمان ، فقال في الحاشية : قوله أي : صاحب « الاقناع » : أو أبرأته الخ منه يعلم أنه لا يشترط في رجوع الزوجة ما يشترط في رجوع الاب ؛ لأنه لو أبرأ والده لم يكن له الرجوع ، ولذلك أطلقوا رجوعها . انتهى . وهو ظاهر بخلاف بحث المصنف ؛ ففيه خفاء ، وما قرره شيخنا عليه يحتمل أن يكون مراداً للمصنف ، لكنه مرجوح لما ذكره في « الانصاف » فتأمل . انتهى .

(٣) أقول : قول المصنف الاب الواحد ؛ أي : بعد الالحاق فيوافق كلام غيره ، وأما قبل الالحاق فلا رجوع لواحد منهما أو منهم كأن ادعاه اثنان أو اكثر . انتهى .

بخلاف ما لو ادعى ولدا مجهول النسب اثنان ، ووهباه أو أحدهما شيئاً ؛ فلا رجوع عليه ؛ لانتفاء ثبوت الدعوى ، وإن ثبت اللحاق بأحدهما ثبت الرجوع (ولو) كان ما قبضه الولد (صدقة) اذ حكمها حكم الهبة على الصحيح من المذهب. اختاره القاضي وغيره ، وقدمه في «المغني» و «الشرح» ونصراه (أو تعلق بما وهب) الأب لولده (حق كفلس) ؛ أي : كأن يفلس الولد والمال الموهوب في يده ، وظاهره ولو حجر عليه أن الحجر غير مانع من الرجوع مع أنه صرح في « المغني » و « المحرر » و «الإقناع» أن الحجر عليه لفلس مانع من الرجوع كالرهن ؛ لتعلق حق الغرماء والمرتهن بالعين ، وفي الرجوع إبطال لذلك ، وفي الحديث : « لا ضرر ولا ضرار » . وقال الحارثي عند عدم الرجوع فيه أنه الصواب بلا خلاف ، فالأولى حمل كلام المصنف على فلس لا حجر معه ليوافق ما ذكره الحارثي وغيره، (أو) تعلق بالموهوب (رغبة كتزويج) ؛ أي : بأن يزوجوا الموهوب له ان كان ذكراً رغبة فيما بيده من المال الموهوب ، أو يتزوجوها إن كانت أنثى رغبة فيما بيدها من المال الموهوب ، وكذلك لو داينوا الموهوب له أو أقرضوه أو باعوه أو أجروه ونحوه ؛ لوجود ما بيده من المال الذي وهبه له أبوه ، فإن ذلك لا يمنع رجوع الأب فيما وهبه لولده (إلا إذا وهبه) ؛ أي : وهب الولد ولده (سرية لإعفافه) فإنه لا يملك الرجوع فيها (ولو استغنى) عنها الولد بتزوجه أو شرائه غيرها ونحوه (أو لم تصر أم ولد) نصا ؛ لأنها ملحقة بالزوجة (أو) الا (إذا أسقط) الأب (حقه من رجوع) فيما وهبه لولده، فيسقط خلافا لما في «الاقناع»، وكان على المصنف أن يشير إليه، وذلك ؛ لأن الرجوع مجرد حقه، وقد اسقطه، بخلاف ولاية النكاح؛ فإنها حق عليه لله تعالى وللمرأة بدليل اثمه بالعضل ، بخلاف الرجوع (ولا يمنعه)؛ أي: الرجوع (نقص) عين موهوبة بيد ولد، سواء نقصت قيمتها أو ذاتها بتآكل بعض أعضائها أو جنى عليها ، أو جنى الموهوب ، فتعلق أرش الجناية برقبته ، وعلى الأب في هذه ان

رجع ضمان أرش الجناية ، ولا ضمان على الابن للأب في شيء مما تقدم ، ومتى رجع في رقيق أو بهيمة ـ وقد جنى عليه أو عليها ـ فأرش الجناية للابن ؛ لأنه بمنزلة الزيادة المنفصلة (فيرجـع) الأب (في) موهوب (متعيب) وتقدمت أمثلته (و) في(باق من تالف)في عبد (وآبق) ؛ لبقاء الملك (وجان) كما ذكرنا (ولا) يمنع الرجوع (زيادة منفصلة كثمر جذ) ؛ أي : جذه الولد وكولد البهيمة وكسب العبد ؛ لأن الرجوع في الأصل دون النماء (لا) إذا كانت الزيادة متصلة كثمر (قبل) جذه (ولو) كان الموهوب (نخلا أبر) لأنه يعد متصلا مالم يجذ (خلافا له) ؛ أي : لصاحب الإقناع ، فإنه قال : وإن وهبـه نخلا ، فحملت فقبل التأبير زيادة متصلة ، وبعده منفصلة [1] (وهي) ؛ أي : الزيادة المنفصلة ا(لولد) لأنها حادثة في ملكه ، ولا تتبع في الفسوخ فكذا هنا (إلا إذا حملت الأمة) الموهوبة للولد (وولدت) عنده (فيمنع) الرجوع (في الأم) الموهوبة ؛ لتحريم التفريق بين الوالدة وولدها (وتمنعه) ؛أي : الرجوع زيادة (متصلة تزيد في القيمة) ؛أي: قيمة الموهوب(كسمن وكبر وحمل) بأن وهب الأب ولده أمة أو بهيمة حاملا ، فولدت في يد الابن ؛ فالولد زيادة متصـلة باعتبار الكبر ، وإن وهبه أمة أو بهيمة حاملا ، ثم رجع الأب فيها حاملا ، فإن زادت قيمتها بالحمل ؛ فزيادة متصلة تمنع الرجوع (وتعلم صنعة) أو كتابة أو قرآن ؛ لأن الزيادة للموهوب له ؛ لأنها نماء ملكه ، ولم ينتقل إليه من جهة أبيه ، فلم يملك الرجوع فيها كالمنفصلة ، فإن امتنع الرجوع فيها امتنع في الأصـل ؛ لئلا يفضي إلى سوء المشاركة وضرر التشقيص ، ولأنه استرجاع للمال بفسخ لغير عيب في عوضه ؛ فمنعه الزيادة المتصلة كاسترجاع الصداق بفسخ النكاح أو نصفه بالطلاق أو رجوع البائع في المبيـــع لفلس المشتري ، بخلاف الرد بالعيب ؛ فإنه من

---

(١) أقول : قول المصنف خلافاً له هذا البحث تقدم في الاصل و « الاقنـــاع » و « المنتهى » الكلام عليه بما يطول من الخلاف ، فارجع الى ذلك . انتهى .

المشتري ، وقد رضي ببذل الزيادة . قال في «المغني»: وإن زاد ببرئه من مرض أو صمم يمنع الرجوع كسائر الزيادات (ويصدق الأب في عدمها)؛ أي: الزيادة إن أنكرها؛ لأن الأصل معه (و) يمنع الرجوع (رهن) موهوب (لزم) لأن في رجوعه إبطالا لحق المرتهن وإضرارا به ، وهو ممنوع شرعا (إلا أن ينفك) الرهن بوفاء أو غيره ؛ فيملك الرجوع إذن ؛ لأن ملك الابن لم يزل وإنما طرأ معنى قطع التصرف مع بقاء الملك ، فمنع الرجوع ، فإذا زال زال المنع ويمنع الرجوع أيضاً (وهبة والد) ما وهبه له أبوه (لولده) لأن في رجوع الأب إبطالا لملك غير ابنه ، وهو لا يملك ذلك (إلا أن يرجع هو) ؛ أي: الواهب الثاني في هبته لابنه ، فإن الواهب الأول يملك الرجوع حينئذ ؛ لأنه فسخ هبته برجوعه ، فعاد إليه الملك بالسبب الأول ، (و) يمنع الرجوع (بيعه) ؛ أي: الولد (ونحوه مما ينتقل لملكه) في الرقبة ؛ كأن يهبه أو يقفه ، وكذا ما يمنع التصرف في الموهوبة كاستيلادها ، أو لم يهبها لهلذلك (إلا أن يرجع) المبيع (إليه) ؛ أي: الولد (بفسخ أو فلس مشتر) فللأب الرجوع فيه إذن؛ لعود الملك للولدبالسبب الأول، فكأنه ما انتقل، (لا) إن رجع المبيع للولد (بنحو شراء) أو اتهاب ؛ فلا رجوع لأب فيه ؛ لأنه عاد للولد بملك جديد لم يستفده من قبل أبيه ، فلم يملك ازالته كما لو لم يكن موهوبا (ولا يمنع الرجوع) تصرف الابن في الرقبة تصرفا (غير ناقل للملك كإجارة ومزارعة) عليها (و) جعلها مضاربة في (عقد شركة وتزويج وتدبير وكتابة وعتق معلق) على صفة قبل وجودها ووطء مجرد عن إحبال (وكذا وصية) لم تقبض (وهبة لم تقبض) لبقاء ملك الابن وسلطنة تصرفه (ويملكه)؛ أي: الرجوع أيضاً (مع بقاء إجارة) بحالها (و) مع بقاء (كتابة وتزويج) كاستمراره مع المشتري من الولدلكن تقدم أن الأخذ بالشفعه تفسخ به الإجارة ، والفرق أن للأب فعلا في الإجارة ؛ لان تمليكه لولده تسليط له على التصرف فيه ، ولا كذلك الشفيع ، فإن كان التصرف

جائزاً كالوصية والهبة قبل القبض والمزارعة والمضاربة والمشاركة ؛ بطل ذلك التصرف ؛ لأن استمرار حكمه مقيد ببقاء المعقود معه — وقد فات — بخلاف الأول و(لا) كذلك (تدبير) للرقيق (وتعليق) عتقه بصفة ، فإنه لا يبقى حكمها في حق الأب؛ لأنها لم يصدرا منه (ومع عوده) ؛ أي : المدبر والمعلق عتقه بصفة الملك (للابن فحكمها باق) لعود الصفة (وما قبضه ابن من مهر) أمة زوجها قبل رجوع أبيه (و)من دين (كتابة و) من (أرش) جناية على الرقيق (و) من (مستقر أجرة فله) ؛ أي : الابن دون الأب؛لأنه نماء حصل في ملكه (ولا رجوع) للأب (فيما أبرأه) ؛أي أبرأ ولده (من دين) كان له عليه ، فلا يملك الرجوع به بعد أن أبرأه منه ؛ لأن الإبراء إسقاط لا تمليك .

(ولا يصح رجوع)من الأب فيماوهبه لولده (إلا بقول) (كـ)أن يقول : (رجعت في هبتي أو ارتجعتها أو رددتها ونحوه) كعدت فيها أو أعدتها الى ملكي ونحو ذلك (مما يدل) على الرجوع . قال الحارثي: والأكمل رجعت فيما وهبت لك من كذا ، وسواء علم الولد برجوع أبيه أو لم يعلم ، ولا يحتاج الرجوع الى حكم حاكم ؛ لثبوته بالنص كفسخ معتقة تحت عبد ، و(لا) يثبت الرجوع (بتصرفه) ؛أي: الأب فيما وهبه لابنه ببيع أو هبة بعد قبض الابن (أو غيره) أي : غير التصرف بالعين ؛ بأن وطىء الجارية التي وهبها لابنه ، وأقبضها له (ولو نوى) الأب (به)؛أي: بالتصرف أو الوطء(الرجوع)لأن ملك الموهوب له ثابت يقيناً ، فلا يزول إلا بيقين ، وهو صريح القول .

تنبيه : اعلم أنه يشترط لرجوع الأب فيما وهبه لولده أربعة شروط وكلها معلومة مما تقدم .

الأول : أن تكون العين باقية أو بعضها في ملك الولد الى رجوع أبيه ؛ فلا رجوع فيما أبرأه ولده من الدين ولا [في] منفعة استوفاها ، ولا فيما خرجت عن ملكه ببيع أو هبة لازمة أو وقف .

الثاني : أن تكون باقية في يد الولد وتصرفه يملك التصرف في رقبتها ؛ فلا رجوع في قيمة تالف ، ولا في أمة استولدها الابن ؛ لأن الملك فيها لا يجوز نقله الى غير سيدها ، فلو تصرف الابن بما لا يمنعه التصرف في الرقبة كالوصية والوطء المجرد عن الإحبال والتزويج والإجارة والمزارعة عليها وجعلها مضاربة. وتعليق عتق بصفة لا يمنع ذلك رجوع الأب ؛ لبقاء تصرف الابن ، فإذا رجع ، فما كان من المتصرف لازماً كالإجارة والتزويج والكتابة ؛ فهو باق بحاله

الثالث : أن لا تزيد العين عند الولد زيادة متصلة كسمن وكبر وحمل وتعلم صنعة أو كتابة أو قرآن .

الرابع : أن لا يكون الأب أسقط حقه من الرجوع ، فإن أسقط حقه؛ فلا رجوع له .

(فصل: ولأب خاصة) دون أم وجد وغيرهما من سائر الأقارب؛ لأن الأصل المنع خولف في الأب؛ لدلالة النص ، وبقي ما عداه على الأصل (حر) كامل الحرية (ولو) كان الأب (غير محتاج) بأن كان غنياً (تملك ما شاء من مال ولده) قال في « المستوعب» : لا تختلف الرواية أن مال الولد ملك له دون أبيه ، قال أحمد بين الرجل وبين ولده ربا (تنجيزاً) لا تعليقاً ، قال أحمد : لا يمنع الابن الأب ما أراد من ماله ؛ فهو له . اذا تقرر ذلك ؛ فللأب التملك من مال ولده مع صغره وكبره وسخطه ورضاه وبعلمه وبغير علمه ؛ لما روى سعيد والترمذي وحسنه عن عائشة قالت : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : « ان أطيب ما أكلتم من كسبكم وإن أولادكم من كسبكم » . وروى الطبراني في معجمه عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده : «قال جاء رجل الى النبي صلى الله عليه وسلم ، فقال أن أبي اجتاح مالي فقال : أنت ومالك لأبيك » . ولأن الولد موهوب لأبيه بالنص القاطع ، وما كان موهوباً له كان له أخذ ماله كعبده ، يؤيده أن

سفيان بن عيينة قال في قوله تعالى: «ولا على أنفسكم أن تأكلوا من بيوتكم»(١) الآية ذكر الأقارب دون الأولاد؛ لدخولهم في قوله تعالى: «من بيوتكم»(١) لأن بيوت أولادهم كبيوتهم، ولأن الرجل يلي مال ولده من غير تولية، فكان له التصرف كمال نفسه (ما لم يضره)؛ أي: يضر الأب ولده بما يتملكه منه، فإن أضره بأن تتعلق حاجة الولد به كآلة حرفته ونحوها لم يتملكه؛ لأن حاجة الإنسان مقدمة على دينه، فلأن تقدم على أبيه أولى، وظاهره لا فرق في الولدين الذكر والانثى (أو) إلا إذا تملكه الأب (ليعطيه لولد آخر) فليس له ذلك نصاً؛ لأنه ممنوع من تخصيص [بعض ولده بالعطية من مال نفسه، فلأن يمنع من تخصيص] بما أخذه من مال ولده الآخر بالأولى (أو) إلا أن يكون التملك (بمرض موت أحدهما) المخوف؛ فلا يصح؛ لانعقاد سبب الإرث (أو سريته)؛ أي: الأمة التي وطئها الولد؛ فليس لأبيه أن يتملكها (ولو لم تكن) سريته (أم ولد) للابن؛ لأنها ملحقة بالزوجات نصاً (أو)؛ أي: ولا يصح التملك (مع كفر أب وإسلام ابن) لا سيما اذا كان الابن كافراً ثم أسلم (قاله الشيخ) تقي الدين: وهو حسن. قال في «الإنصاف»: قلت: وهذا عين الصواب انتهى؛ لحديث: «الإسلام يعلو ولا يعلى عليه». (و)قال الشيخ أيضاً (والأشبه أن) الأب (المسلم لا يتملك من مال ولده الكافر) شيئاً؛ لانقطاع الولاية والتوارث.

(ويحصل تملك) الأب لمال ولده (بقبض) ما تملكه نصاً (مع قول) بأن يقول تملكته ونحوه (أونية) قال في «الفروع»: ويتوجه أو قرينة؛ لأن القبض أعم من أن يكون للتملك أو غيره، فاعتبر القول أو النية؛ ليتعين وجه القبض (فلا يصح تصرفه)؛ أي: الأب في مال ولده (قبل قبض) لما تملكه (بذلك) القول أو النية (ولو) كان تصرفه (عتقاً) لأن ملك الابن تام على مال

---

(١) سورة النور، الاية: ٦١

نفسه يصح تصرفه فيه ، ويحل له وطء جواريه، ولو كان الملك مشتركاً لم يحل له الوطء كما لا يجوز وطء الجارية المشتركة ، وإنما للأب انتزاعها منه كالعين التي وهبها إياه (وحيث تملك) الأب من مال ولده شيئاً (ثم انفسخ سبب استحقاق) ذلك الشيء المأخوذ بحيث صار رده واجباً الى مالكه الأول (كفسخ مبيع) بأن يأخذ الأب ثمن السلعة التي باعها الولد ، ثم ترد السلعة ، أو يأخذ الأب الذي اشتراه الولد ثم يفلس الولد بالثمن ، ويحجر عليه ، ويفسخ البائع لذلك ، أو يفسخ لبائع العيب الثمن بعد أخذ الأب المبيع من ولده (وطلاق) كأن يأخذ الأب صداق ابنته ، ثم يطلق الزوج قبل الدخول ، أو ينفسخ النكاح على وجه يسقط الصداق (رجع مستحق) في جميع هذه الصور (على الولد خاصة) دون الأب ؛ لطروء ذلك الاستحقاق على مال تملكه الأب تملكاً تاماً من مال ولده على وجه يباح له التملك فلم يملك المستحق الرجوع على الأب ؛ لأنه لم يأخذ منه شيئاً ، وإنما أخذ ذلك من مال ولده في حال كان مالكاً له فيها ، فكان للمستحق الرجوع على الولد لتلف ماله تحت يده ، (خلافاً له) - أي : لصاحب «الاقناع» - لقوله بعد ما ذكر ما تقدم: فالأقوى في جميع الصور أن للمالك الأول الرجوع على الأب . انتهى . ويؤيد ما ذكره المصنف ما يأتي في الصداق أنه لو تزوج المرأة على ألف لها وألف لأبيها أن ذلك يصح ، وأن الأب يملكه بالقبض مع نية التملك ، وأنه اذا طلقها الزوج وانفسخ النكاح قبل الدخول على وجه يسقطه ؛ رجع الزوج عليها ، لا على أبيها ، وهو المذهب [1]. (ولا يملك) الاب (إبراء نفسه) من دين لولده عليه ، (أو) ؛ أي: ولا يملك إبراء (غريم ولده) ، ولا تملكه ما في ذمة نفسه ، ولا تملكه ما في ذمة غريم ولده ، (ولا) يملك (قبضه) - أي : دين ولده - (منه) - أي: من غريم ولده - ولا من نفسه ؛ (لأن الولد لا يملكه) - أي : الدين - (إلا بقبضه)

---

(١) أقول: ما قرره في « الاقناع ».هو كلام الشيخ ، ثم قال يأتي في الصداق الخ، ففيه اشارة الى أن المذهب خلاف قول الشيخ ، كما ذكره شارحه . انتهى .

من غريمه ، وكذلك لو حلف أنه لا ملك له لم يحنث بدين ، بخلاف ما لو حلف أنه لا مال له ، فإنه يحنث به . (ولو أقر أب بقبضه) – أي : دين ولده – من غريمه ، (وأنكر ولد) أن يكون أبوه قبض ، (أو صدق) غريمه بدعواه قبض الأب ؛ رجع الولد على غريمه ، (خلافاً لـ)ما يفهم من («المنتهى») القائل: ولو أقر الأب بقبضه ، وأنكر الولد ؛ رجع على غريمه ، ولم يقل أو صدق . فاقتصاره على إنكار الولد مشعر بعدم الرجوع على الولد مع تصديقه الغريم مع أن الحكم ليس كذلك ، بل اذا أنكر الولد أو صدق ؛ (رجع) الولد (على غريمه) بدينه؛ لعدم براءته بالدفع الى أبيه وتصديقه بقبض أبيه لا يتضمن الإذن أبيه في قبضه ؛ فهو قبض فاسد خال عن مسوغ شرعي ، (و)رجع (الغريم على الأب) بما أخذه منه ان كان باقياً ، وببدله إن كان تالفاً ؛ لأنه قبض ما ليس له قبضه ، لا بولاية ولا بوكالة . فقول الإمام في رواية مهنا : ولو أقر بقبض دين ابنه ، فأنكر رجع على غريمه ، وهو على الأب لا يعول على مفهومه من أنه لو أقر لا يرجع؛ لأنه يمكن أن يكون وقع جواباً عن سؤال سائل ؛ فلا يحتج بمفهومه . (وإن أولد)أب (قبل تملك جارية لولده لم يطأها) الابن (صارت له) – أي : الأب – (أم ولد) ؛ لأن إحباله لها يوجب نقل الملك اليه ، وحينئذ يكون الوطء مصادفاً للملك ، فإن لم تحبل فهي باقية على ملك الولد ، (وولده)– أي : الأب من أمة ولده – (حر) ؛ لأنه من وطء انتفى فيه الحد للشبهة ، (لا تلزمه قيمته) لولده رب الجارية التي انتقل ملكها اليه لعلوقها ؛ فهي إنما أتت به في ملك الأب ، (ولا) يلزمه (مهر) ؛ لأن الوطء سبب نقل الملك فيها وإيجاب القيمة للولد ، والوطء الموجب للقيمة كالإتلاف ، فلا يجتمع معه المهر ، (ولا حد) على أب بوطء أمة ولده لشبهة الملك ؛ لحديث : «أنت ومالك لأبيك» . (ويعزر) الأب ؛ لأنه وطىء وطءاً محرماً ، أشبه وطء الأمة المشتركة بينه وبين غيره ، (وعليه) – أي : الأب – بإحباله جارية ولده (قيمتها) لولده ؛

لأنه أتلفها عليه ، لكن ليس له مطالبة بها ، ومحل انتقال الملك فيها للأب ان لم يكن الابن وطئها ؛ لأنها بالوطء تصير كحلائل الأبناء ، فتحرم على الأب ، ولا ينتقل الملك فيها إن كان الابن استولدها ، فلا تصير أم ولد للأب ؛ إذ أم الولد لا ينتقل الملك فيها .

(وإن كان الابن وطئها (ولو) لم يستولدها؛لم تنتقل) الجارية (لملك أب) بالإحبال ، (فلا تصير أم ولد له) — أي : الأب — إن حملت منه نصاً ؛ لأنها بالوطء صارت ملحقة بالزوجة ؛ فلا يصح أن يتملكها بالقول كما تقدم ، فلا يملكها بالإحبال ، (ولا حد) على الأب ، للشبهة ، (وولده حر) لا تلزمه قيمته على المذهب ، وتحرم عليهما على الأب ؛ لأنها من موطوءات ابنه ، وعلى الابن ؛ لأنها موطوءة أبيه .

(ومن استولد أمةأحد أبويه لم تصر أم ولد له)، إن حملت منه،(وولده قن ، وحد بشرطه) ، وهو أن يكون عالماً بالتحريم؛ لأن الابن ليس لهالتملك على أحد من أبويه ، فلاشبهة له في الوطء ، لا يقال انه رحم لأحد الأبوين ، فيعتق عليه ؛ لأن ولد الزنا أجنبي من الاب ، (وليس لولد صلب ولا لورثته) — أي : الولد — (مطالبة أب) . قال في « الموجز» : (فلا يملك) الولد (إحضاره)— أي: الاب — (لمجلس حكم بـ)سبب(دين) كقرض وثمن مبيع(أو قيمة متلف) كثوب ونحوه حرقه لولده (أو أرش جناية) على ولده كقلع سن وقطع طرف ، (ولا) بشيء (غير ذلك مما للابن عليه) كأجرة أرض وزرعها أو دار سكنها ؛ لما روى الخلال أن رجلًا جاء الى النبي صلى الله عليه وسلم بأبيه يقتضيه ديناً عليه ، فقال : « أنت ومالك لأبيك » . ولأن المال أحد نوعي الحقوق ، فلم يملك مطالبة أبيه كحقوق الأبدان ، ولا للابن أن يحيل على أبيه بدينه ؛ لأنه لا يملك طلبه به ، فلا يملك الحوالة عليه (إلا بنفقته الواجبة) على الاب ؛ لفقر الابن وعجزه عن التكسب ، فله أن يطالبه بها . زاد في

« الوجيز » : (ويحبسه هو عليها) ؛ لقوله عليه الصلاة والسلام لهند : « خذي ما يكفيك وولدك بالمعروف » . وللولد مطالبة أبيه (بعين مال له) – أي : الولد – (بيده) – أي : الأب ، ويجري الربا بينه وبينه لتمام ملك الولد على ماله واستقلاله بالتصرف فيه – ، ووجوب زكاته عليه وحل الوطء وتوريث ورثته . وحديث : « أنت ومالك لأبيك » . على معنى سلطنة التملك ، ويدل عليه إضافة المال للولد ، (لكن يثبت له) – أي: الولد – (في ذمة والده دين) من ثمن أو أجرة أو قرض (وقيمة متلف) اعمالاً للسبب، فإن ملك الولد تام، والسبب اما إتلاف فلمال الغير واما قرض ونحوه فعقد يدخل تحت قوله : « أوفوا بالعقود »[1] . (فلا يسقط) دين الولد الثابت له في ذمة أبيه (بموته) – أي: الأب – (فيؤخذ من تركته) مقدماً على حق الورثة كسائر الديون، (وكذا) لا يسقط (أرش جناية) من الأب (مطلقاً) ، سواء كانت على مال الولد أو نفسه ، ولا يعارضه ما تقدم من أن الولد لا يملك إحضار أبيه لمجلس حكم بدين أو قيمة متلف أو أرش جناية ، ولا غير ذلك مما للابن عليه ؛ اذ لا يلزم من عدم ملكه المطالبة بشيء مما ذكر سقوط حقه عنه ما دام حياً ، وتظهر الفائدة فيما لو وفاه والده في مرض موته لا يحسب من الثلث ، بل يكون من رأس المال كما يأتي . (لكن يسقط) أرش الجناية (بموته) – أي: الأب – فلا يرجع به في تركته قال في شرح « المنتهى » : ولعل الفرق بينهما وبين دين القرض وثمن المبيع ونحوهما كون الأب أخذ عن هذا عوضاً ، بخلاف أرش الجناية ، (و)على هذا (ينبغي) أن يكون (مثله دين ضمان) من حيث انه يسقط عن الوالد دين الضمان اذا ضمن غريم ولده له ، (وما قضاه أب من ذلك) الدين الذي عليه لولده (في مرضه) – أي: الأب – (أو وصى) الأب (بقضائه) من دين ولده، قال شيخنا أحمد : أو أروش جناية وغيرها ؛ (فمن رأس ماله) ؛ لأنه حق ثابت عليه لا تهمة فيه ، فكان من رأس المال كدين الأجنبي ، ولولد الولد مطالبة

---

(١) سورة المائدة ، الآية : ١ .

جده بماله في ذمته من دين وأرش جناية ونحوها كسائر الأقارب إن لم يكن انتقل اليه من أبيه لما تقدم أنه ليس لورثة الولد مطالبة أبيه بدينه ، وكذا الأم تطالب بدين ولدها .

(وما وجده ابن بعـــد موت أب) في تركته (من عين ماله) ـ أي : الابن ـ (الذي أقرضه) لأبيه (أو باعـه) له (أو غصبه) الاب منه ؛ (فله) ـ أي : الابن ـ (أخذه) ـ أي : ما وجد من عين ماله ـ دون بقية ورثـــة الاب (إن لم يكن الاب دفع) لولده (ثمنه) ؛ لتعذر العوض . قاله في « التلخيص » ولا يكون ما وجد من عين مال الولد بعـد موت أبيه ميراثاً لورثة الاب ، بل هو للولد المأخوذ منه ، دون سائر الورثة .

(فصل) : في عطية المريض ومحاباته وما يتعلق بذلك .

(وعطية مريض ، وهي هبتـــه في) مرض (غير مرض الموت ولو) كان المرض (مخوفاً) كصحيح ،(أو) كان مرضه (غير مخوف كصداع) ـ أي: وجع رأس ـ ورمد و(وجع ضرس) وجرب (وحمى) ساعة أو (يوم وإسهال ساعـة بلا دم ولو صار) المرض (مخوفاً ومات به فـ) عطيته (كصحيح فتصح) عطيته (في كل ماله) ؛ لأنه في حكم الصحة ؛ لكونه لا يخـاف منه في العـادة وكما لو كان مريضاً وبرىء ، وأما الإسهال فإن كان منحرقاً لا يمكنه منعه ولا إمساكه ؛ فهو مخوف ـ وإن كان ساعة ـ لأن من لحقه ذلك أسرع في هلاكه ، وإن لم يكن منحرقاً ، لكنه يكون تارة وينقطع أخرى ، فإن كان يوماً أو يومين فليس بمخوف ؛ لأن ذلك قد يكون من فضلة الطعام ، إلا أن يكون معـه زحير وتقطيع ؛ كأن يخرج متقطعاً ؛ فإنه يكون مخوفاً ؛ لأن ذلك يضعف ، وان دام الإسهال فهو مخوف ، سواء كان معـــه زحير أو لم يكن ، وما أشكل أمره من الأمراض رجع فيـه الى قول أهل

المعرفة ، وهم الأطبـــاء ؛ لأنهم أهل الخبرة بذلك والتجربة والمعرفة . قاله في « المغني »

(و) عطية مريض (في مرض مخوف كبر سام) - بكسر الموحدة - بخار يرتقي إلى الرأس ، ويؤثر في الدماغ ، فيختل العقل به . وقال عياض : هو ورم في الدماغ يتغير منه عقل الانسان ويهذي . (وذات جنب) - قروح بباطن الجانب - (ووجع رئة) ؛ فإنها لا تسكن حركتها فلا يندمل جرحها ، (و) وجع (قلب ورعاف دائم) ؛ لأنه يصفي الدم فتذهب القوة ، (وقيام متدارك) - وهو الإسهال المتواتر الذي لا يستمسك - (أو) إسهال (معه دم) ؛ لأنه يضعف القوة (و) من المخوف (كفالج) - وهو استرخاء لاحد شقي البدن لانصباب خلط بلغمي تفسد منه مسالك الروح - (في ابتدائه) ، (والسل) - بكسر السين المهملة داء معروف (في انتهائه) ، (أو هاج به بلغم) ؛ لأنه من شدة البرودة ، وقد يغلب على الحرارة الغريزية ، فيطفيها ، (أو) هاجت به (صفراء) ؛ لأنها تورث يبوسة ، (أو) هاج به (قولنج) - وهو أن ينعقد الطعام في بعض الأمعاء ولا ينزل عنه - أو هاجت به (حمى مطبقة) ؛ فهذه كل واحد منها بمفرده مخوف ، ومع الحمى أشد خوفا ، وإن ثاوره الدم واجتمع في عضو كان مخوفا ؛ لأنه من الحرارة المفرطة (وما قاله عدلان) لا واحد ولو عدم غيره (مسلمـــان من أهل الطب) عند اشكال المرض (أنه مخوف) . قال في « الاختيارات » : ليس معنى المرض المخوف الذي يغلب على القلب الموت منه ، أو يتساوى في الظن جانب البقاء والموت ؛ لأن اصحابنا جعلوا ضرب المخاض من الأمراض المخوفة ، وليس الهلاك غالبا ولا مساويا للسلامة ، وإنما الفرض إنما يكون سبباً صالحاً للموت ، فيضاف إليه ، ويجوز حدوثه عنده ، وأقرب ما يقال ما يكثر حصول الموت منه ؛ (فـ) عطاياه (كوصية) في أنها لا تصح لوارث بشيء غير الوقف للثلث فأقل ، ولا لأجنبي بزيادة على الثلث إلا بإجازة

الورثة فيها؛ لحديث أبي هريرة يرفعه: « أن الله تصدق عليكم عند وفاتكم بثلث أموالكم زيادة لكم في أعمالكم » . رواه ابن ماجه . فمفهومه ليس لكم أكثر من الثلث يؤيده ما روى عمران بن حصين : « أن رجلا أعتق في مرضه ستة أعبد لم يكن له مال غيرهم ، فاستدعاهم النبي صلى الله عليه سلم فجزأهم ثلاثة أجزاء فأقرع بينهم ، فأعتق اثنين وأرق أربعة » . رواه مسلم . وإذا لم ينفذ العتق مع سرايته ؛ فغيره أولى ، ولأن هذه الحال الظاهر منها الموت ، فكانت عطيته فيها في حق ورثة لا تتجاوز الثلث كالوصية ، (غير أنه ينفذ ظاهرا في الجميع) – أي : جميع ما تقدم – على ما (قاله القاضي) . قال في « الاختيارات » : ذكر القاضي أن الموهوب له يقبض الهبة ، ويتصرف فيها مع كونها موقوفة على الإجازة ، وهذا ضعيف والذي ينبغي أن تسليم الموهوب إلى الموهوب له يذهب حيث يشأ وإرسال العبد المعتق أو إرسال المحاباة لا يجوز ، بل لا بد ان يوقف أمر التبرعات على وجه يتمكن الوارث من ردها بعد الموت إذا شاء .

(ولو) كانت عطيته (عتقا) لبعض أرقائه ، (أو) كانت عطيته (عفوا عن جناية توجب مالاً أو) كانت عطيته (محاباة في نحو بيع) كإجارة والمحاباة أن يسامح أحد المتعاوضين الآخر في عقد المعاوضة ببعض ما يقابل العوض ؛ كأن يبيع ما يساوي عشرة بثمانية ، أو يشتري ما يساوي ثمانية بعشرة؛ فهي كوصية في الجميع ، (لا) إن كان الصادر من المريض (كتابة) لرقيقه أو بعضه بمحاباة، (أو) كان (وصيته بها) – أي : كتابته (بمحاباة) ؛ فالمحاباة فيها من رأس المال . هذا معنى كلامه في «الانصاف» وفي« التنقيح» و « المنتهى». لكن كلام « المحرر » و « الفروع » والحارثي وغيرهم يدل على أن الذي يصح من رأس المال هو الكتابة نفسها ؛ لانها عقد معاوضة كالبيع من الغير . قال الحارثي : وقد ذكرته لك فوقع الاشتباه على صاحب« الإنصاف » و« التنقيح» وتبعه من تبعه ، والحق أحق أن يتبع . انتهى . (ومع إطلاق) ؛ أي : إذ

وصى السيد أن يكاتب عبده فلان، وأطلق بأن لم يقل على كذا؛ (ف) إنه يكاتب (بقيمته) - أي : بقدر ما يساوي ذلك العبد ـ جمعا بين حق الورثة وحقه ، فليس للوارث أن يطلب الكتابة بأكثر من قيمته ، ولا للعبد أن يطلب الكتابة بأقل إلا بتراضيهما .

تتمة : وينفذ العتق في مرض الموت في الحال ، ويعتبر خروج العتق من الثلث بعد الموت ، لا حين العتق ، فلو عتق في مرضه المخوف أمة تخرج من الثلث حال العتق ؛ لم يجز أن يتزوجها ؛ لاحتمال أن لا تخرج من الثلث عند الموت ، فلا تعتق كلها إلا أن يصح المريض من مرضه ، فيصح تزوجها لنفوذ العتق قطعا ، لكن لو تزوجها في هذه الحالة؛ صح ، وورثت منه إن خرجت من الثلث بدليل قوله في الفصل بعده : وإن أعتق أمة لا يملك غيرها ، ثم وطئها ومهر مثلها نصف قيمتها فكما لو كسبته ، وعلم منه أن عدم الجواز لا ينافي الصحة ، فتنبه له . وإن وهب المريض أمة حرم على المتهب وطؤها حتى يبرأ الواهب، أو يموت ، فتبين أنها خرجت من الثلث ؛ لأنه يتوقف على إجازة الورثة .

(والأمراض الممتدة كسل ابتداءاً) ، لا في حالة الانتهاء (وجذام) وحمى الربع ـ وهي التي تأخذ يوما وتذهب يومين وتعود في الرابع - (وفالج انتهاء) وحمى الغب(وهرم إن صار صاحبها ذا فراش؛(ف)هي مخوفة ، وإلا) يصر صاحبها ذا فراش، بل كان يذهب ويجيء، (فلا) تكون مخوفة وعطاياه من جميع ماله كعطايا الصحيح. قال القاضي: هذا تحقيق المذهب فيهم، وما رواه حرب عن أحمد في وصية المجذوم والمفلوج من الثلث ؛ فمحمول على أنهما صارا صاحبا فراش ؛ لأن صاحب الفراش يخشى تلفه ، أشبه صاحب الحمى الدائمة ، (وكمريض مرض موت مخوف من) كان (بين الصفين وقت التحام حرب) هو فيه واختلطت الطائفتان للقتال ، سواء كانتا متفقتين في الدين أو لا ؛ لوجود خوف التلف (مع مكافأة) ؛ بأن يكون كل من الطائفتين مكافئاً للأخرى ، (أو) كان المعطي (من

الطائفة (المقهورة) ؛ لأن توقع التلف هنا كتوقع المريض أو أكثر ، فوجب أن يلحق به ، (لا) ان كان المعطي من الطائفة (القاهرة) بعد ظهورها ، أو كان من إحدى الطائفتين ، وكل منهما متميزة عن الأخرى من غير اختلاط للحرب ، سواء كان بينهما رمي سهـــام أولا ، فليس حاله بمنزلة مرض مخوف ؛ لأنه لا يتوقع التلف قريباً .

(ومن) كان (بلجة) البحر (عند الهيجان) - أي : ثوران البحر - بهبوب الريح العاصف ، فكمرض مخوف ؛ لأن الله تعالى وصف هذه الحالة بشدة الخوف بقوله تعالى : « وظنوا أنهم أحيط بهم » [1] ، (أو وقع طاعون). قال أبو السعادات : هو المرض العـام والوباء الذي يفسد له الهواء فتفسد به الأمزجة والأبدان . وقال عياض : هو قروح تخرج في المغابن وغيرها لا يلبث صاحبها ، وتعم إذا ظهرت ، وفي «شرح مسلم» : وأما الطاعون فوباء معروف ، وهو بثر وورم مؤلم جدا يخرج مـع لهب ، ويسود ما حوله ، ويخضر ويحمر حمرة بنفسجية ، ويحصل معه خفقان للقلب (ببلده) - أي : المعطي - قال في « المغني » : وعن أحمد أنه مخوف ، وقـال ابن القيم في كون الطاعون وخز أعدائنا الجن حكمة بالغة ، فإن أعداءنا شياطينهم ، وأما أهل الطاعة منهم ؛ فهم إخواننا ، والله أمرنا بمعاداة أعدائنا من الجن والإنس ، وأن نحاربهم طلباً لمرضاته ، فأبى أكثر الناس إلا مسالمتهم وموالاتهم ، فسلطهم الله عليهم عقوبة لهم حيث استجابوا لهم حتى أغووهم وأمروهم بالمعـاصي والفجور والفساد في الأرض ، فأطاعوهم ، فاقتضت الحكمة أن سلطهم عليهم بالطعن فيهم كما سلط عليهم أعداءهم من الإنس حيث أفسدوا في الأرض ، ونبذوا كتاب الله وراء ظهورهم ، فهذه ملحمة من الإنس ، والطاعون ملحمة من الجن ، وكل منهما بتسليط العزيز الحكيم عقوبة لمن يستحق العقوبة ، وشهادة ورحمة لمن هو أهل

---

(١) سورة يونس ، الآية : ٢٢

لها ، وهذه سنة الله تعالى في العقوبات تقع عامـة ؛ فتكون طهرا للمؤمنين ، وانتقاماً من الفاجرين انتهى . وقد ثبت في عدة أحاديث أنه وخز أعدائنا من الجن . أخرج عبد الرزاق في مصنفه وابن أبي شيبة وأحمد بن حنبل في «مسنديهما» وابن أبي الدنيا في كتاب الطواعين ؛ والبزار وأبو يعلى والطبراني وابن خزيمة ، والحاكم وصححه البيهقي في الدلائل من طرق عن ابن أبي موسى الأشعري قال قال رسول الله صلى الله عليه سلم : « فناء أمتي بالطعن والطاعون . قيل يارسول الله هذا الطعن قد عرفنـــاه فما الطاعون ؟ قال وخز أعدائـكم الجن وفي كل شهادة » . قال ابن الأثير : الطعن القتل بالرمح ، والوخز طعن بلا نفاذ، فبهذا الحديث وغيره ظهر بطلان قول الأطباء إن الطاعون مادة سمية تحدث ورماً قتالا ، وأن سببه فساد جوهر الهواء ، وقد أبطل ابن القيم في الهدي قول الأطباء هذا بوجوه: منها وقوعه في أعدل الفصول وفي أصح البلاد هواء وأطيبها ماء ، ومنها لو كان من الهواء لعم الناس والحيوان ، ونحن نجـد الكثير من الناس والحيوان يصيبه الطاعون ، ويجانبه من جنسه ومن يشابه مزاجه من لم يصبه ، وقد يأخذ أهل البيت بأجمعهم ، ولا يدخل بيتا يجاورهم أصلا، ويدخل بيتا فلا يصاب منه إلا البعض ، وربما كان عند فساد الهواء أقل مما يكون عند اعتداله ، ومنهـــا أن فساد الهواء يقتضي تغيير الأخلاط وكثرة الأمراض والأسقام ، وهذا يقتل بلا مرض أو بمرض يسير ، ومنها أنه لو كان من فساد الهواء لعم جميع البدن بمداومته الاستنشاق . والطاعون إنما يحـدث في جزء خاص من البدن لا يتعداه لغيره ، وللزوم دوامه في الأرض ؛ لأن الهواء يصح تارة ويفسد أخرى ، ويأتي على غير قياس ولا تجربة ولا انتظام ، فربما جاء سنة على سنة ، وربما أبطأ عدة سنين ، ومنها أن كل داء بسبب من الأسباب الطبيعية له دواء من الأدوية الطبيعية ، وهذا الطاعون أعيى الأطبـاء دواؤه حتى سلم حذاقهم أنه لا دواء له، ولا دافع له الا الذي خلقه وقدره انتهى . وقد جمع

بعضهم بين الوارد وكلام الأطباء أنه إذا أراد الله تعالى ظهور الطاعون أفسد الهواء ، وجعله متعفنا ، فتخرج بسببه الجن ، لأنه من شأنهم تتبع العفونات ، فيختلطون بالناس ، فيظهر منهم ما سلطوا به ، وهو جمع حسن ، (أو قدم لقتل) قصاصا أو غيره فلمرض مخوف ، وأولى ، لظهور التلف وقربه (أو حبس له) – أي: القتل ،أو حبس (أو) أسر (عند من عادتهالقتل) ؛فكمرض مخوف ؛لأنه يترقبه ،وان لم تكن عادتهم القتل فعطاياه كصحيح ،(أو جرح جرحا موحياً مع ثبات عقله) ؛ لأن عمر رضي الله عنه لما جرح سقاه الطبيب لبنا ، فخرج من جرحه ، فقال له الطبيب : اعهد إلى الناس ، فعهد اليهم ، ووصى فاتفق الصحابة على قبول عهده ووصيته ، وأبوبكر رضي الله عنه لمااشتدمرضه عهد إلى عمر ، فنفذ عهده ، وعلي رضي الله عنه بعد ضرب ابن ملجم أوصى وأمر ونهى ، فلم يحكم ببطلان قوله ، ومع عدم ثبات عقله لا حكم لعطيته ، بل ولا لكلامه ، (وحامل عند مخاض) – أي : طلق – نصا . قال في « الفروع » : والأشهر (مع ألم حتى تنجو) يعني من نفاسها ؛ لأنها قبل ضرب المخاض لا تخاف الموت ، فأشبهت صاحب المرض الممتد قبل أن يصير صاحب فراش ، فإن خرج الولد والمشيمة ، وحصل هناك ورم أو ضربان شديد ، أو رأت دماً كثيراً ؛ فحكمها حكم ما قبل ذلك ؛ لأنها لم تنج بعد ، والسقط كالولد التام . (ولو وضعت مضغة) فعطاياها كعطايا الصحيح ، إن لم يكن ألم ،(و)إن كان(ثم مرض)أو ألم ؛فكمرض(مخوف) للخوف الشديد ،(وكميت) في الحكم – أي : من جهة عدم نفوذ عطاياه وتبرعاته – لا مطلقاً فلو مات بعض ورثته ورث في هذه الحالة ، فلا منافاة بين كلام الأصحاب وكلام الموفق (من ذبح أو أبينت) ؛ أي : فصلت وأخرجت ، لا ان شقت وهي في البطن (حشوته وهي أمعاؤه) ؛ فلا يعتد بكلامه ، (لا خرقها) وقطعها (فقط) من غير إبانة .

(ويتجه) أن المفهوم (منه) - أي : من قولهم و كميت من ذبح أو أبينت حشوته - (فلا يرث) من مات قبله ممن كان يرثه لو كان صحيحاً ، (خلافاً للموفق) كذا قال [1] . وعبارته هنا لا حكم لعطيته ولا لكلامه . وقال الموفق أيضاً في فتاويه إن خرجت حشوته ، ولم تبن ثم مات ولده ، ورثه ، وإن أبينت فالظاهر أنه يرث ؛ (لأن الموت زهوق النفس وخروج الروح ، ولم يوجد) ، ولأن الطفل يرث ويورث بمجرد استهلاله ، وإن كان لا يدل على حياة أثبت من حياة هذا انتهى . قال في « الفروع » : وظاهر هذا من الشيخ أن من ذبح ليس كميت مع بقاء روحه . قال في « الرعاية » : ومن ذبح أو أبينت حشوته ؛ فقوله لغو ، فإن خرجت حشوته ، واشتد مرضه وعقله ثابت كعمر وعلي رضي الله عنهما ؛ صح تصرفه وعطيته وتبرعه .

(ولو علق) إنسان (صحيح عتق قنه) على صفة كقدوم زيد أو نزول مطر ونحوه ، (فوجد) شرطه الذي علق عليه العتق (في مرضه) المخوف ، ولو كان وجوده بغير اختياره ، (فـ) عتق العبد ، يعتبر (من ثلثه) ؛ اعتباراً بوقت وجود الصفة ؛ لأنه وقت نفوذ العتق . (وكذا) الحكم (لو وهب في الصحة ، وأقبض في المرض) ؛ لأن من إتمام صحة الهبة التسليم ، ولم يحصل إلا في المرض ؛ فخرج من الثلث .

(ولو) اختلف الورثة وصاحب العطية أو العتيق ؛ بأن (ادعى متهب)

---

(١) أقول : نقل شيخنا هنا عبارة شرحي « الاقناع » و « المنتهى » وقال الخلوتي: قوله وكميت الخ ، أي : من جهة عدم نفوذ العطايا والتبرعات ، لامطلقا ، فلو مات بعض ورثته ورثه في هذه الحالة ، فلا منافاة بين مافي كلام الاصحاب لهذا ، وقول الموفق : لو مات له ابن في هذه الحالة ورثه ، فتدبر ؛ فانه واضح . انتهى . قلت : وبحث المصنف يؤخذ من كلامهم بحسب الظاهر ، وفي كلام صاحب « الفروع » إشارة اليه كما في شرح « الاقناع » ، لكن الظاهر أن المراد من كلامهم ماذكره الخلوتي ، فتأمل . انتهى .

أن(الهبة)أعطيها في الصحةفيكون من رأس المال (أو) ادعى (معتوق)صدور العتق (في الصحة) فيكون من رأس المال له (فأنكثر الورثة) ذلك ؛ (فـ)القول (قولهم) ــ أي : الورثة ــ نقله مهنا في العتق . قال في شرح « المنتهى » في آخر العطية : وإن كانت العطية في رأس الشهر ، واختلف الوارث والمعطى في مرض المعطي في رأس الشهر ؛ فقول المعطى إن المعطي كان صحيحاً ؛ لأن الأصل عدم المرض . ذكره في « الفروع » : (وتقدم عطية اجتمعت مع وصية ، وضاق الثلث عنها مع عدم إجازة) لها قال في «الإنصاف» :والصحيح من المذهب أن العطية تقدم ،وعليه الأصحاب ، وجزم به في «المغني»و«الشرح» و « النظم » وغيرهم ؛ لأن العطية لازمة في حق المريض ، فقدمت على الوصية كعطية الصحة (وإن لم يف) الثلث(بتبرعات نجزت بديء بالأول) منها (فالأول مرتبة) ؛ لأن العطية المنجزة لازمة في حق المعطي ، فإذا كانت خارجة من الثلث لزمت في حق الورثة ، فلو شاركتها الثانية لمنع ذلك لزومها في حق المعطي ؛ لأنه يملك الرجوع عن بعضها بعطية أخرى ، واحترز بالمنجزة عن الوصيه بالتبرع ،(و)إن وقعت العطايا المنجزة (دفعة) واحدة كما لو قبلها الكل معاً ، أو وكلوا واحداً قبل لهم بلفظ واحد ، وضاق الثلث عنها ، ولم تجز الورثة ؛ فيقسم الثلث بين الجميع (بالحصص) ؛ لأنهم تساووا في الاستحقاق ، فيقسم بينهم على قدر حقوقهم كغرماء المفلس .

(ولو) كانت التبرعات (عتقاً) فهو كغيره من التبرعات ؛ لاستحقاق السابق الثلث فلم يسقط بما بعده ، (لكن إن كانت) التبرعات (كلها عتقاً أقرعنا بينهم ، فكملنا العتق) كله (في بعضهم) . قاله في «المغني »وتبعه الحارثي وغيره ؛ لحديث عمران بن حصين ، ولأن القصد بالعتق تكميل الأحكام بخلاف غيره ، (وإن) قال المريض مرض الموت المخوف ، إن (أعتقت سعداً فسعيد حر ، ثم أعتق) المريض (سعداً ؛ عتق سعيد إن خرج من الثلث) ؛ لوجود الصفة . (وإن لم يخرج) من الثلث (إلا أحدهما عتق سعد وحده) ، ولم يقرع

بينهما ؛ لسبق عتق سعد . (ولو رق بعض سعد لعجز الثلث) عن قيمتـــه كله (فات عتق سعيد) لعدم وجود شرطه (فان فضل من الثلث) بعد إعتاق سعد (مـــا يعتق به بعض سعيد عتق بقـــدره) — أي : الثلث من سعيد — لوجوب شرط عتقه . (و) إن قال المريض (ان أعتقت سعدا فسعيد وعمرو حران ، ثم أعتق سعداً ، ولم يخرج من الثلث إلا أحدهم ؛ عتق سعد وحده) ؛ لما تقدم ، وإن خرج من الثلث (اثنان أو) خرج (واحد وبعض آخر ؛ عتق سعد) ؛ لما تقـدم ، (وأقرع بين سعيد وعمرو) فيما بقي من الثلث ؛ لإيقاع عتقهما معاً من غير تقدم لواحد على آخر ، (ولو) خرج من الثلث (اثنان وبعض الثالث) ؛ عتق سعد كاملا بلا قرعة ؛ لما تقدم ، (أقرع بينهما) — أي : بين سعيد وعمرو (لتكميل الحرية في أحدهما و) حصول (التشقيص) في (الآخر) ؛ لما تقدم ، (وكذا) لو قال مريض : (إن اعتقت سعداً فسعيد حر) في حال إعتاقي ؛ فالحكم سواء ، (أو) قال : إن اعتقت سعداً ؛ (فهو) — أي : سعد — (وعمرو حران) في (حال اعتاقي) ؛ فالحكم سواء فيما تقدم من غير فرق ؛ لجعله عتق سعد شرطاً لعتق وحـده أو مع عمرو ، ولو رق بعض سعد لفات شرط عتقهما ، فإن كان الشرط في الصحة ووجدت الصفة في المرض ؛ فالحكم على ما ذكرناه اعتباراً بوقت الإعتاق (وإن) قال مريض ان (تزوجت فعبدي حر فتزوج (في مرضه) بفوق مهر المثل) ، (فـ) ـالزيادة على مهر المثل (محاباة) تعتبر (من الثلث) ؛ لما تقدم ، (فإن لم يف) الثلث (إلا بها) — أي : المحاباة — (أو العبد قدمت) المحاباة ؛ لأنها وجبت قبل العتق ؛ بكون التزويج شرطاً في العتق ، فقد سبقت العتق ، وهـذا فيما إذا ثبتت المحاباة بأن لا ترث المرأة الزوج ، إما لوجود مانع من الإرث أو لمفارقته إياها في حياته ، إما بموتها أو طلاقها ونحوه ، فأما إن ورثته تبينا أن المحاباة لا تثبت لها إلا بإجازة الورثة ، فيتعين أن يقدم العتق عليها ، لأنه لازم غير موقوف على الإجازة ، فيكون متقدماً . وإن قال : أنت حر في حال تزويجي ، فتزوج بأكثر من مهر المثل ، فيكون العتق سابقاً ؛ لأن المحاباة إنما ثبتت بتمام التزويج والعتق قبل تمامه ، فيكون سابقاً

على المحاباة فيتقدم لهذا المعنى ، سيما إذا تأكد بموته وكونه غير وارث . قاله في الشرح .

(و)ما لزم المريض في مرضه من حق لا يمكنه دفعه ولا إسقاطه كـ(أروش جناياته) وجنايات عبده (و)ما لزمه من (معاوضة بثمن مثل) بيعاً أو شراء أو إجارة (أو) كان(بزائد) يسيراً بحيث (يتغابن)الناس (به) - أي : بمثله عادة؛ (فمن رأس مال) ؛ لأنه يندرج في ثمن المثل؛ لوقوع التعارف به،(ولو) كانت معاوضته (مع وارث) فمن رأس المال ؛ لأنه لا تبرع فيها ولا تهمة ، (وإن حابا) مريض (وارثه ؛ بطلت) تصرفاته(في قدرها) - أي : المحاباة - لأنها كالهبة ، وهي لا تصح منه لوارث بغير إجازة باقي الورثة ؛ لأن المحاباة كالوصية ، وهي لوارث باطلة ، فكذا المحاباة . (وصحت) المعاوضة (في غيره) - أي :غير قدر المحاباة . قال شيخنا : فإن كان أجنبيا صح البيع ، ويطلب منه باقي الثمن (بقسطه) ؛ لأن المانع من صحة البيع المحاباة ، وهي في غير قدرها مفقودة ، فلو باع لوارثه شيئا لا يملك غيره يساوي ثلاثين بعشرة ؛ فلم يجز باقي الورثة ؛ صح بيع ثلثه بالعشرة والثلثان كعطية (وله) - أي : المشتري - (الفسخ لتبعض الصفقة في حقه) ، فشرح له ذلك دفعا للضرر ، فإن فسخ ، وطلب قدر المحاباة ، أو طلب الامضاء في الكل وتكميل حق الورثة من الثمن ؛ لم يكن له ذلك ،(لا إن كان له)- أي : الوارث المشتري - (شفيع ،وأخذه) أي : الشقص الذي وقعت فيه المحاباة (من وارث) ؛ لأن الشفعة تجب بالبيع الصحيح ، وقد وجد وحيث أخذه الشفيع ؛ فلا خيار للمشتري ؛لزوال الضرر عنه ؛ لأنه لو فسخ البيع رجع بالثمن ، وقد حصل له من الشفيع . (ولو حابى) المريض (أجنبيـاً) بأن باعه شقصاً وحاباه في ثمنه ، وخرجت المحاباة من الثلث ، أو أجاز الورثة ، (وشفيعه) - أي : الأجير - (وارث أخذ بها) - أي : الشفعة - (إن لم تكن حيلة) على محاباة الوارث ، فإن كان

كذلك لم تصح ؛ لأن الوسائل لها حكم المقاصد ، وقوله : (لأن المحاباةلغيره) - أي : الوارث - متعلق بأخذ بها على أنه علة له ، كما لو وصى لغريم وارثه ، ولأنه إنما منع منها في حق الوارث ؛ لما فيها من التهمة من إيصال المال إلى بعض الورثة المنهي عنه شرعاً ، وهذا معدوم فيما إذا أخذ بالشفعة .

(وإن أجر) المريض (نفسه وحابا المستأجر) ، وارثا كان أو غيره ؛ (صح) العقد (مجانا) - أي : من غير رد المستأجر لشيء من المدة أو العمل ؛ لأنه لو لم يؤجر نفسه لم يحصل لهم شيء ، بخلاف عبيده وبهائمه .

(ويعتبر ثلثه) - أي : ثلث مال المعطي في المرض - (عند موت) لا عند عطية أو محاباة أو وقف أو عتق ؛ لأن العطية معتبرة بالوصية ، والثلث في الوصية معتبر بالموت ؛ لأنه وقت لزومها وقبولها وردها ؛ فكذلك في العطية .

(فلو أعتق) مريض (ما) - أي : عبداً - (لا يملك غيره ، ثم ملك ما) - أي : مالاً - (يخرج) العبد (من ثلثه ؛ تبينا عتقه كله) ؛ لخروجه من الثلث عند الموت ، (وإن لزمه) بعد عتقه (دين يستغرقه) - أي : العتيق - (لم يعتق منه شيء) ؛ لأن الدين مقدم على الوصية ، والعتق في المرض في معناها بدليل قول علي : « قضى رسول الله صلى الله عليه وسلم بالدين قبل الوصية » وحكم هبته كعتقه .

(ولو قضى) مريض (بعض غرمائه) دينه ؛ (صح) القضاء ، (وفاز) المقضي (به) - أي: بما اقتضاه - ولم يكن لبقية الغرماء الاعتراض عليه ؛ لأنه تصرف من جائز التصرف في محله ، وليس بتبرع ، ولم يزاحم الباقون من الغرماء المقضي ، (ولو لم تف تركته) - أي: المريض - (ببقية ديونه) ؛ لأنه أدى واجباً عليه كأداء ثمن المبيع . (واذا تبرع) المريض (بمال أو عتق ثم أقر) بعد التبرع (بدين ؛ لم يبطل تبرع ولا عتق) بإقراره بعد التبرع أو العتق بالدين ؛ لأن الحق ثبت بالتبرع في الظاهر .

(ولا يعتبر استيلاده) مريض مرضاً مخوفاً (من الثلث ؛ فإنه) - أي : الاستيلاد - (من قبيل الاستهلاك في مهور الأنكحة وطيبات الأطعمة ونفائس الثياب والتداوي) ودفع الحاجات ، ويقبل إقرار المريض بالاستيلاد ونحوه ؛ لتمكنه من إنشائه . (و) قال (في «الانتصار» له) - أي : المريض - (لبس ناعم وأكل طيب لحاجته) اليه ، (وإن فعله) - أي : ما ذكر - (لتفويت) حق (الورثة؛ منع) إلا بقدر حاجته ؛ لأنه لا يستدرك كإتلافه .

(تنبيه) حكم العطية في مرض الموت حكم الوصية في أشياء كما تقدم . منها انه يقف نفوذها على خروجها من الثلث أو إجازة الورثة . ومنها أنها لا تصح لوارث الا بإجازة الورثة . ومنها أن فضيلتها ناقصة عن فضيلة الصدقة في الصحة . ومنها أنها تتزاحم في الثلث اذا وقعت دفعة واحدة ، كتزاحم الوصايا . ومنها أن خروجها من الثلث يعتبر حال الموت لا قبله ولا بعده .

و (تفارق العطية) في المرض (الوصية في أربعة) أحكام .

أحدها : (أن يبدأ بالأول فالأول منها) - أي : العطايا - لوقوعها لازمة ، (والوصية يسوى بين متقدمها ومتأخرها) ؛ لأنها تبرع بعد الموت ، فوجدت دفعة واحدة . (ومنها) - أي : الوصية - (كل ما) - أي : شيء - (علق بموت كـ) قول المريض : (اذا مت فأعطوا فلاناً كذا) من الدراهم أو غيرها ، (أو اعتقوا) رقيقي (فلاناً) أو أمتي فلانة (ونحوه) ؛ كأوقفوا داري ونحوها أو أسكنوا فلاناً بها سنة .

(الثاني : أنه لا يصح رجوع في عطية قبضت) ؛ لأنها لازمة في حق المعطي وان كثرت ؛ لأن المنع من الزيادة على الثلث إنما كان لحق الورثة ، لا لحقه ، فلا يملك إجازتها ولا ردها ، (بخلاف الوصية) ؛ فإنه يصح الرجوع فيها ؛ لأن التبرع بها مشروط بالموت ، فقبل الموت لم يوجد ؛ فهي كالهبة قبل القبول ، بخلاف العطية في المرض ؛ فإنه قد وجدت العطية منه والقبول

والقبض من الموهوب له ؛ فلزمت كالوصية إذا قبلت بعد الموت وقبضت .

(الثالث :أنه يعتبر قبول عطية عندها) ؛ لأنها تصرف في الحال فيعتبر شروطه وقت وجوده ، (والوصية بخلافه) ؛ لأنها تبرع بعد الموت ، فاعتبر عند وجوده ؛ إذ لا حكم لقبولها ولا ردها قبله .

(الرابع : أن الملك يثبت فيعطيته) من حين وجودها بشروطها ؛ لأنها إن كانت هبة فمقتضاها تمليكه الموهوب في الحال كعطية الصحة ، وكذا إن كانت محاباة أو إعتاقاً ؛ ويكون هذا الثبوت (مراعى) ؛ لأنا لا نعلم هل هذا مرض الموت أو لا ؟ ولا نعلم هل يستفيد مالاً أو يتلف شيئاً من ماله ؟ فتوقفنا لنعلم عاقبة أمره لنعمل بها ، (فإذا) مات و (خرجت) العطية (من ثلثه عند موته تبينا أنه) – أي : الملك – (كان ثابتاً) من حين الإعطاء ؛ لأن المانع من ثبوته كونه زائداً على الثلث ، وقد تبين خلافه .

تتمة : تخالف العطية الوصية أيضاً في أنها لا يصح تعليقها بشرط إلا العتق .

(فصل : ومن أعتق أو وهب قنا) لغير وارثه (في مرضه ، فكسب) الرقيق كثيراً أو قليلاً قبل موت سيده ، (ثم مات سيده ، فخرج) الرقيق (من الثلث فكسب معتق له) ؛ لأنه قد تبين أنه من حين العتق صار حراً ، فكان كسبه له كسائر الأحرار ،(و) كان كسب قن (موهوب لمتهب) ؛ لأن الكسب تابع لملك الرقبة ، وقد تبين كونه موهوباً له .

(وإن خرج بعضه) – أي : العتيق أو الموهوب – من الثلث دون بقيته ؛ (فلهما) – أي : العتيق والموهوب له – (من كسبه بقدره) ؛ أي : قدر البعض الخارج من الثلث – فإن خرج من الثلث ربع العبد كان له أو للموهوب له ربع كسبه ، وباقيه للورثة ، وإن كان نصف العبد كان له أو للموهوب له نصف كسبه والنصف للورثة ، وإن كان ثلثي العبد كان له أو

للموهوب له ثلثا كسبه ، وباقيه للورثة ، وهكذا ، وربما أفضى الى الدور ، (فـ)من ذلك (لو أعتق) المريض (قناً لا يملك غيره فكسب) العتيق (مثل قيمته قبل موت سيده ؛ فله من كسبه بقدر ما عتق منه حين أعتقه وباقيه لسيده) ؛ لأن الكسب يتبع ما تنفذ فيـــه العطية ، دون غيره ، ثم التركة تتبع بحصة الرق ؛ لأن حصة العتق ملك للعبد بجزئه الحر ، فلا تدخل في التركة ، واذا اتسعت التركة (فيزداد به) – أي : بكسبه – (ماله) – أي : مال العبد – (وتزداد حريته لذلك) الكسب ، (ويزداد حقه من كسبه) ، ومن ضرورة هذا نقصان حصة التركة ، (فينقص) به حق السيد من الكسب ، وينقص (بذلك قدر العتق منه) ، فتزيد الحرية ، فتدور زيادتـــه على نقصانه ، ونقصانه على زيادته ، ولاستخراج المقصود وانفكاك الدور طرق حسابية اقتصر المصنف منها على طريق الجبر . واليه الاشارة بقوله : (فيستخرج ذلك بالجبر ، فيقال قد عتق منه) – أي : العبد – (شيء وله من كسبه شيء) ؛ لأن كسبه مثله، (وللورثة منه شيء ومن كسبه شيئان)؛ لأن لهم مثلي ما عتق منه ، وقد عتق منه شيء ، ولا يحبس على المكتسب ما كسبه بجزئه الحر؛ لأنه استحق بجزئه الحر ، لا من جهة سيده ، (فصار) العبد (وكسبه نصفين) ؛ لأن العبد لما استحق بعتقه شيئاً وبكسبه شيئاً ؛ كان له في الجملة شيء وللورثة شيئان . (يعتق منه نصفه وله نصف كسبه) غير محسوب عليه ؛ لأنه استحقه بجزئه الحر لا من جهة سيده ، (وللورثة نصفها) ؛ أي : نصف المكتسب ونصف كسبه ، وذلك مثلا ما عتق. (فلو كان) العبد (يساوي اثني عشر ، فكسب) قبل الوفاة (مثلها) اثني عشر؛ (عتق) منه شيء وله من الكسب شيء وللورثة شيئان ، فقد عتق (نصفه وأخذ ستة) لا تحسب عليه ، (ولوارث نصفه) – أي : العبد – (وستة) من كسبه ، وذلك مثلا ما عتق . (وان كسب مثلي قيمته صار له) من كسبه (شيئان) ؛ لأن كسبه مثلاه ، (وعتق منه شيء ولوارث شيئان) فيقسم هو وكسبه أخماساً،

(فيعتق ثلاثة أخماسه، وله ثلاثة أخماس كسبه والباقي)، وهو خمساه وخمسا كسبه (لوارث) ، وإن كسب ثلاثة أمثال قيمته ؛ فقد عتق منه شيء ، وله ثلاثة أشياء من كسبه وللورثة شيئان ، فيعتق منه ثلثاه وله ثلثا كسبه وللورثة الباقي .
(وإن كسب نصف قيمته فقد عتق منه شيء وله نصف شيء من كسبه) ؛ لأن كسبه مثل نصفه (ولوارث شيئان) ؛ فالجميع ثلاثة أشياء ونصف ابسطها تكن سبعة . له ثلاثة أسباعها (فيعتق ثلاثة أسباعه ، وله ثلاثة أسباع كسبه والباقي) أربعة أسباعه وأربعة أسباع كسبه (لوارث) .

تكميل : فلو كان على السيد دين كقيمة العبد صرف فيه نصف العبد ونصف كسبه ، وقسم النصف الباقي بين الورثة والمعتق نصفين ، وكذلك بقية الكسب . فإن كسب العبد مثل قيمته وللسيد مال مثل قيمته ؛ قسمت العبد ومثل قيمته على الأشياء الأربعة ؛ فلكل شيء ثلاثة أرباع ، فيعتق من العبد ثلاثة أرباع ، وله ثلاثة أرباع كسبه . ولو أعتق عبدا قيمته عشرون ، ثم أعتق عبداً قيمته عشرة ، وكسب كل واحد منهما مثل قيمته ؛ لكملت الحرية في العبد الأول فيعتق منه شيء ، وله من كسبه شيء ، وللورثة شيئان، ويقسم العبدان وكسبهما على الأشياء الاربعة ، فيكون لكل شيء خمسة عشر؛ فيعتق منه بقدر ذلك ، وهو ثلاثة أرباعه ، وله ثلاثة أرباع كسبه ، والباقي للورثة ، وإن بدأ بعتق الأدنى عتق كله ، وأخذ كسبه ، وتستحق الورثة من العبد الآخر وكسبه مثلي العبد الذي عتق وهو نصفه ونصف كسبه بينهما نصفين ، فيعتق ربعه ، وله ربع كسبه [ويرق ثلاثة أرباعه] ، ويتبعه ثلاثة أرباع كسبه وذلك مثلا ما انعتق منهما ، واذا عتق العبد دفعة واحدة قرعنا بينهما ، فمن خرجت له قرعة الحرية فحكمه كما لو بدأ بإعتاقه، وإن أعتق ثلاثة أعبد قيمتهم سواء ، وعليه دين بقدر قيمة أحدهم وكسب أحدهم مثل قيمته ؛ أقرعنا بينهم لإخراج الدين ، فإن وقعت القرعة على غير المكتسب ؛ بيع في الدين ، ثم

أقرعنا بين المكتسب والآخر لأجل الحرية ، فإن وقعت على غير المكتسب ؛ عتق كله ، والمكتسب وماله للورثة ، وإن وقعت قرعة الحرية على المكتسب عتق منه ثلاثة أرباعـــه ، وله ثلاثة أرباع كسبه ، وباقيه وباقي كسبه والعبد الآخر للورثة كما قلنا فيما اذا كان للسيد مال بقدر قيمته . ولو وقعت قرعة الدين ابتداء على المكتسب لقضينا الدين بنصفه ونصف كسبه ، ثم أقرعنا بين باقيه وبين العبدين الآخرين في الحرية ، فإن وقعت على غيره عتق كله ، وللورثة ما بقي وإن وقعت على المكتسب عتق باقيه ، وأخذ باقي كسبه ، ثم يقرع بين العبدين لإتمام الثلث ، فمن وقعت عليه القرعة عتق ثلثه ويبقى ثلثـاه ، والعبد الآخر للورثة .

(و)يكون الحكم (في هبة الموهوب له بقدر ما عتق) منه في مسألة العتق (وبقدره من كسبه) ؛ لأن الكسب يتبع الملك ، فلو كانت قيمته مائة وكسب تسعة فاجعل له من كل دينـار شيئاً ، فقد عتق منه مائة شيء ، وله من كسبه تسعة أشياء ، وللورثة مائتا شيء ، فيعتق منه مائـــة جزء وتسعه أجزاء من ثلاثمـائة وتسعة ، وله من كسبه مثل ذلك ، وله مائتـا جزء من نفسه ومائتا جزء من كسبه .

فرع : رجل أعتق عبدين متساويين القيمة بكلمة واحدة لا مال له غيرهما ، فمات أحدهما في حياته ؛ أقرع بين الحي والميت ، فإن وقعت القرعة على الميت فالحي رقيق ، وتبين أن الميت نصفه حر ؛ لأن مـع الورثة مثلي نصفه ، وإن وقعت على الحي ؛ عتق ثلثه ، ولا يحسب الميت على الورثة ؛ لأنه لم يصل اليهم . (وإن أعتق) المريض (أمة لا يملك غيرها ، ثم وطئها) المعتق بنكاح أو شبهة أو مكرهة ، (ومهر مثلها نصف قيمتها ، (فـ)هو (كما لو كسبته) ؛ أي : فحكمها حكم ما لو كسبت نصف قيمتها ، (فيعتق) منها (ثلاثة أسباعها ، سبع بما ملكته) من نفسها بحقها (من مهرها لا ولاء عليه) لأحد . قاله في «المبدع» ونقله الحارثي

عن بعض الاصحاب ، (وسبعان) يعتقان (بإعتاق المريض) . قاله في «المبدع» : ولفي التشبيه نظر من حيث إن الكسب يزيد به ملك السيد ، ذلك يقتضي الزيادة في العتق والمهر ينقصه ، وذلك يقتضي نقصان العتق . ونقله الحارثي عن بعض متأخري الاصحاب ، وهو كما قال .

(ولو وهبها) المريض (لمريض آخر لا مال له) أيضاً غيرها ، (فوهبها الثاني للأول) ، وماتا جميعاً ؛ (صحت هبة الأول في شيء وعاد اليه بالهبة الثانية ثلثه ، وبقي لورثة الآخر ثلثا شيء ولورثة الاول شيئان) ، فاضرب الشيئين والثلثين في ثلاثة ليزول الكسر ؛ تكن ثمانية أشياء تعدل الأمة الموهوبة ، (فلهم) – أي : لورثة الاول – (ثلاثة أرباعها) ستة ، (ولورثة الثاني ربعها) شيئان ، وإن شئت قلت : المسألة من ثلاثة ؛ لأن الهبة صحت في ثلث المـــال ، وهبة الثاني صحت في ثلث الثلث ، فتكون من ثلاثة. اضربها في أصل المسألة تكن تسعة ، أسقط السهم الذي صحت فيه الهبة الثانية ؛ بقيت المسألة من ثمـانية ، وطريقها بالجبر أن تقول صحت هبة الاول في شيء من الجارية ، فبقيت جارية إلا شيئاً ، وصحت هبة الثاني في ثلث الشيء يبقى مع الاول جارية إلا ثلثي شيء يعدل ضعف ما صحت فيه هبته ، وهو شيء ، وضعفه شيئان ، فتجبر الجارية بزيادة ثلثي شيء ، وتقابل بزيادتها الشيئين ، فتبقى جارية كاملة تعدل شيئين وثلثي شيء ، فتقسم الجارية على الأشياء فتقول واحد على اثنين وثلثين ، ويخرج ثلاثة أثمان ، وهو الشيء الذي صحت فيه هبة الاول ، فيبقى معه خمسة أثمان الجارية ، وصحت هبه الثاني في ثلث ثلاثة الأثمان ، فيجتمع مع ورثة الاول ستة أثمان ، وهو ضعف ما صحت فيه هبة الاول ، ومع ورثة الثاني ثمنان وهمـا ضعف ما صحت فيه هبة الثاني .

(ولو باع مريض قفيزاً لا يملك غيره يساوي) القفيز (ثلاثين بقفيز) من جنسه (يساوي عشرة ، ولم تجز الورثة) ، فيحتـاج الى تصحيح البيع بجزء

منـه مع التخلص من الربا ؛ لامتناع التفاضل بينهما ، (فأسقط) عشرة (قيمة الرديء من) ثلاثين (قيمة الجيد ، ثم انسب الثلث الى الباقي بعـد الإسقاط ، وهو) ـ أي : الثلث ـ (عشرة من عشرين) التي هي الباقية بعـد الإسقاط (تجده) ـ أي: الثلث ـ (نصفها) ـ أي : العشرين ـ (فيصح البيـع في نصف) القفيز (الجيد بنصف) القفيز (الرديء)؛ لأن ذلك مقابلة بعض المبيـع بقسطه من الثمن عند تعذر أخذ جميعه بجميـع الثمن ؛ أشبه ما لو اشترى سلعتين بثمن ، فانفسخ البيـع في أحدهمـا بعيب أو غيره ، (ويبطل) البيـع (فيما بقي) بعد نصفها ؛ لانتفاء المقتضي للصحة ، ولم يصح في الجيد بقيمة الرديء ، ويبطل في غيره ؛ (لئلا يفضي) تصحيح البيـع في الأكثر من أحدهما بأقل من الآخر (الى ربا الفضل) ، وهو محرم ؛ لكونه بيـع ثلث الجيد بكل الرديء ، وذلك ربا، (و)لا شيء(لمشتر)سوى(الخيار) لتفريق الصفقة ، (وإن شئت) في عمل هـذه المسألة ، (فاضرب ماحاباه) به ، وهو عشرون (في ثلاثة) مخرج الثلث (يبلغ ستين ، ونسبة قيمة جيد) ثلاثين (اليها) ، فهو (نصف ؛ فيصح بيـع نصف الجيد بنصف الرديء ، وإن شئت فقل قدر المحـاباة الثلثان ، ومخرجها ثلاثة ، فخذ لمشتر سهمين منه) ـ أي : من المخرج ـ وهو ثلاثة ، (وللورثة أربعة) مثلا ما للمشتري ، (ثم انسب المخرج) وهو ثلاثـــة (الى الكل) وهو الستة تجده (بالنصف ؛ فيصح بيـع) نصف (أحدهما بنصف الآخر) ، وان شئت فانسب ثلث الأكثر وهو ثلاثون وثلثه عشرة ، فانسبها من المحاباة وهي عشرون ؛ تكن النصف ، فيصح البيـع فيها بالنسبة، وهو هنا نصف الجيد بنصف الرديء. وبطريق الجبر يقـال يصح بيـع شيء من الأعلى بشيء من الأدنى قيمته ثلث شيء من الأعلى ، فتكون المحاباة بثلثي شيء من الجيد ، فألقهـا منه يبق قفيز الا ثلثي شيء تعدل مثل المحـــاباة منه ، وهو شيء وثلث شيء ، فإذا جبرت وقابلت عدل شيئين ؛ فالشيء نصف قفيز ، فإن كان الأدنى يساوي عشرين

صحت في جميع الجيد بجميع الرديء ، وإن كان الأدنى يساوي خمسة عشر فاعمل على ما تقدم ، يصح بيع ثلثي الجيد بثلث الرديء ، ويبطل فيما عداه.

(فلو لم يفض الى ربا كعبد) باعه المريض (يساوي ثلاثين بعبد يساوي عشرة) ، ولم تجز الورثة المحـــاباة ؛ (صح بيـع ثلثه) - أي : العبد المساوي ثلاثين - (بالعشرة) - أي: بالعبد المساوي لها - (والثلثان) من العبد المساوي ثلاثين (كالهبة)؛لأنه لا مقابل لهما (المبتاع نصفها)، وهو عشرة يرده الأجنبي ، ويأخذ عشرة بالمحاباة ،(وإن كانت المحاباة مع وارث صح البيع في ثلثه) - أي: العبد بالعشرة - (ولا محاباة) حيث لم تجز الورثة، وللاجنبي والوارث فسخ البيـع ؛ لتفريق الصفقة .

(وإن أقال) المريض في عقـــد سلم (من أسلمه عشرة) دراهم مثلا (في كر) جمعه أكرار كقفل وأقفال ، وهو ستون قفيزاً والقفيز ثمانية مكاكيك ، والمكوك صاع ونصف (حنطة وقيمته) - أي : الكر- (عند الإقالة ثلاثون) من جنس العشرة ، ولا ملك له غير الكر؛ (صحت) الإقالة (في نصفه) - أي : الكر - (بخمسة) من العشرة ، وكان كبيـع قفيز جيد يساوي ثلاثين بقفيز رديء يساوي عشرة ، وتقدم أن العمل فيها أن تسقط قيمة الرديء من قيمة الجيد ، وتنسب الثلث الذي يصح تصرفه فيه الى الباقي من قيمة الجيد بعـد إسقاط قيمة الرديء منه ، فأسقط هنا قيمة رأس مال السلم وهو عشرة من قيمة الكر وهو ثلاثون يبقى عشروان ، انسب اليها الثلث وهو عشرة يكن نصف ؛ فتصح الإقالة في نصف الكر بنصف رأس مال السلم وهو خمسة ، وتبطل في الباقي ؛ لئلا يفضي صحتها في أكثر من ذلك الى الإقالة في السلم بزيادة إلا إن كان المسلم اليه وارثاً ، ولم تجز الورثة فلا تصح الإقالة في شيء ؛ لأنهـــا تبرع الوارث .

(وإن أصدق)المريض(امرأةعشرة لا مال له غيرها وصداق مثلها) -أي:

المرأة (خمسة ، فماتت) تحته ، ثم ورثها،(ثم مات)، ولم يخلف غيرما أصدقها؛ دخلها الدور،(فـ)نقول(لها بالصداق خمسة) التي هي مهر مثلها ، (و)لها (شيء بالمحاباة) ؛ بقي لورثة الزوج خمسة الأشياء ، ثم (رجع اليه) ـ أي: الزوج ـ (نصفه) ـ أي : الذي لها ـ وهو الخمسة و(شيء بموتها) وهو اثنان ونصف ونصف شيء (صار له سبعة ونصف الا نصف شيء) ؛ لأنه كان له خمسة إلا نصف شيء ، وورث اثنين ونصفا ونصف شيء (يعدل ذلك شيئين) ؛ لأنه مثلا ما استحقته المرأة بالمحاباة ، وذلك شيء (أجبرهما) ـ أي : الشيئين الذين هما سبعة ونصف الا نصف شيء (بنصف شيء) ؛ بأن تقدر إضافة نصف شيء إلى ذلك ، فتصير سبعة ونصفاً تامة ، (وقابل) الجبر بتقدير إضافة نصف شيء على الشيئين ، فتصير شيئين ونصفاً (يخرج الشيء ثلاثة) ؛ لأن الستة تقابل شيئين ، والواحد ونصف تكملة السبعة ونصف تقابل نصف شيء ؛ (فلورثته) ــ أي : الزوج ــ (ستة) ؛ لأن لهم شيئين (ولورثتها أربعة) ؛ لأنها كان لها خمسة وشيء وهو ــ أي : الشيء ــ ثلاثة ، وذلك ثمانية رجع إلى ورثته نصفها وهو أربعة ، والطريق في هذا أن تنظر ما بقي في يد ورثة الزوج ، فخمساه هو الشيء الذي صحت المحاباة فيه ، ولذلك لأنه بعد الجبر يعدل شيئين ونصفاً والشيء هو خمساها ، وإن شئت أسقطت خمسة وأخذت نصف ما بقي ، (وان مات) زوجها (قبلها ورثته) ــأي:ورثت ــفرضها منه بالزوجية،(وسقطت المحاباة) ؛ فلا تصح نصاً إلا أن يجيزها باقي الورثة ؛ لأنها كالوصية لوارث ، فإن لم ترثه لنحو مخالفة دين فلها مهر مثلها وثلث ما حاباها به إن لم يكن له مال غير ذلك . (ومن وهب زوجته كل ماله في مرضه ، فماتت قبله) ، ثم مات ؛ (فلورثته أربعة أخماسه، ولورثتها خمسه) ، وطريقه بالجبر أن تقول صحت الهبة في شيء وعاد إليه نصفه بالإرث ؛ يبقى لورثته المال كله إلا نصف شيء يعدل ذلك شيئين ، فإذا أجبرت ، وقابلت خرج الشيء خمسي المال وهو ما صحت فيه

الهبة ، فيحصل لورثته أربعة أخماس ، ولعصبتها خمسه انتهى . ووجه افضاءذلك إلى الدور أنا تبينا بموت الزوجة قبله أن الهبة لغير وارث ؛ فتصح في ثلثه عند الموت ، فقـد صحت في قدر من ماله عند الهبة ، وعاد إليه نصيبه بالميراث ، ويزيد ثلثه بذلك ، وإذا زاد ثلثه زاد القدر الذي صحت الهبة فيـــه فيدور ؛ لأنه لا يعلم ما صحت فيه الهبـة حتى يعلم الميراث ، ولا يعلم الميراث حتى يعلم ما صحت فيه الهبة ،فيعمل بطريق الجبر،لأنها تخرج المجهولات ؛ إذهي موضوعة لذلك ، فيقال صحت الهبة في شيء ؛ لأن الشيء يصدق على كل مجهول القدر ، وعاد إليه نصفه بالإرث، فيبقى لورثتهانصف شيء ، ولورثته المال كله إلا نصف شيء ، وذلك يعدل شيئين ؛ لأنا صححنا الهبة في شيء فيكون لورثته مثلاذلك؛ لأن الهبة صحت في ثلث المال ، وبقي لورثته ثلثاه ، فإذا كان الثلث شيئاً يكون الثلثان شيئين ، فأجبر المال بنصف شيء ، وقابل بأن تزيد على ما يعادله نصف شيء مثل ما جبرت به ، يصير المال كله يعـــدل شيئين ونصف شيء ، فيكون الشيء خمسين ، وإذا كان كذلك فلورثة الزوج الشيئين أربعة أخماس المال ، ولعصبتها نصف شيء وهو خمس المال ، والله أعلم .

(فصل : ولو أقر) مريض ملك ابن عمه في صحته حال كون إقراره (بمرضه) ؛ أي : مرض الموت المخوف (أنه أعتق نحو ابن عمه) كابن ابن عمه ، أو ابن عم أبيه ونحوه (في) حال (صحتـــه) ؛ عتق من رأس ماله وورثه . (أو ملك) المريض في مرضه (من يعتق عليه) كأخيه وأبيه ، وكان ملكه لذلك في المرض (بهبة أو وصية عتق) المقر بعتقه في الصحة والحادث ملكه بالهبة والوصية في المرض (من رأس ماله)؛ لأنه تبرع فيه ، إذ التبرع بالمال انما هو بالعطية أو الإتلاف أو التسبب إليه ، وهذا ليس بواحـد منها ، والعتق ليس من فعله ولا يتوقف على اختياره ؛فهو كالحقوق التي تلزم بالشرع ، وقبول الهبة ونحوها ليس بعطية ولا إتلاف لماله ، وإنما هو تحصيل لشيء تلف بتحصيله ، فأشبه قبوله الشيء لا يمكنه حفظه ، وفارق الشراء فإنه تضييع لماله

في ثمنه ، (وورث) ؛ لأنه لا مانع به من موانع الإرث أشبه غيره من الأحرار ، وليس ذلك وصية ، وإلا لاعتبر من الثلث ، (فلو اشترى) المريض (نحو ابنه) كأخيه وعمه (بمائة) ، ولا يملك غيرها سوى مائتين (و) هو (يساوي ألفا فقدر المحاباة) الصادرة من البائع للمريض ، وهو تسعمائة (من رأس ماله) ؛ أي : فلا يحتسب بها في التركة ولا عليها ، وعتق بالشراء إن خرج ثمنه من الثلث ، (وتحسب الثمن) الذي هو المائة في المسألة. (وثمن كل من يعتق عليه) -أي: المريض - إذا اشتراه في مرضه (من ثلثه) ؛ لأنه عتق في المرض ، فحسب من الثلث ؛ كما لو كان العتيق أجنبياً . فلو كان ابنا واشتراه بألف وله غيره ابن حر وألفان ؛ عتق وشارك أخاه في الألفين .

(ويرث) من المريض ذو رحمه الذي اشتراه في مرضه من ثلثه نصاً ؛ لأنه لم يقم به مانع من الإرث أشبه غيره ، (فلو اشترى) المريض (أباه بكل ماله) ومات (وترك ابنـــا ؛ عتق ثلث الأب بمجرد شرائه على الميت ، وله ولاؤه) - أي : الثلث - لأنه المباشر لسبب عتقه ، (وورث) الأب (بثلثه الحر من نفسه ثلث سدس باقيها الموقوف) ؛ لأن فرضه السدس لو كان تام الحرية ، فله بثلثها ثلث السدس ، (ولا ولاء) لأحد (على هذا الجزء) الذي ورثه من نفسه ، (وبقية الثلثين) وهي خمسة أسداس الأب وثلثا سدسه ؛ (تعتق على الابن) بملكه لها من جده ، (وله ولاؤها) لعتقها عليه ، (وتصح المسألة من سبعة وعشرين ، تسعة منها وهي الثلث تعتق على الميت وله ولاؤها ، وسهم منها يعتق على نفسه لا ولاء عليه) لأحد ، (وهو ثلث سدس الثلثين ، ويبقى سبعة عشر سهماً للابن تعتق عليه) وله ولاؤها ، (ولو كان الثمن) الذي اشتري به المريض اباه ولا يملك غيره (تسعة دنانير ، وقيمته) - أي : الأب (ستة ؛ تحاصا)- أي : البائع والأب في ثلث التسعة ؛ لأن ملك المريض لأبيه مقارن لملك البائع لثمنه ، فقد حصل منه عطيتان من عطايا المريض ، محاباة البائع بثلث المال ، وعتق الاب.

وفي كل منها عطية منجزة، فتحاصا لتقارنها، (فكان ثلث الثلث) -وهو دينار- (للبائع محاباة ، وثلثاه للأب عتقا يعتق به ثلث رقبته ، ويرد البائع)من المحاباة (دينارين) لبطلانها فيها ، (ويكون ثلثا) رقبة (الأب مع الدينارين) اللذين ردهما البائع (ميراثاً) يرث منه الأب بثلثه الحر ثلث سدس ذلك ، والباقي للابن ،ويعتق عليه باقي جده كما تقدم . (وإن عتق) من اشتراه المريض من أقاربه (على وارثه) دونه ؛ بأن يكون أخا لابن عمه الوارث له ،فاشتراه؛ (صح) شراؤه ، (وعتق عليه) - أي : على أخيه- لدخوله في ملكه بإرثه له من ابن عمه ، فلا يرث معه ، (وإن دبر) المريض (نحو ابن عمه) كابن عم أبيه ؛ (عتق) بموته ، (ولم يرث) منه ؛ (لأن الإرث قارن الحرية ولا سبق) ، فلم يكن أهلا للارث حينئذ ، وإن قال المريض لابن عمه ونحوه ؛ (أنت حر آخر حياتي) ، ثم مات المريض ؛ (عتق) ابن عمه ونحوه ؛ لوجود شرط عتقه ، (وورث) لسبق الحرية الإرث ، بخلاف من علق عتقه بموت قريبه ؛ كمن قال له سيده : إن مات أخوك الحر فأنت حر ، فإذا مات أخوه؛ عتق ، ولم يرثه؛ لأنه لم يكن حراً حال الإرث ، (وليس عتقه) - أي:المقول له أنت حر آخر حياتي - (وصية) له حتى يكون وصية لوارث ، فتبطل ؛ لأن العتق يقع في آخر الحياة ، والوصية تبرع بعد الموت ، لا ان قال المريض لابن عمه ونحوه :(أنت حر بعد موتي ،أو) قال له : أنت حر (معه)-أي: مع موتي ؛ لم يرث لمقارنة الحرية الإرث ، وعدم سبقها له ، (ولو أعتق) المريض (أمته وتزوجها في مرضه) ، ثم مات ، (ورثته) نصاً حيث خرجت من الثلث ؛ لعدم المانع ، (وعتقت إن خرجت من الثلث ، وصح النكاح) لحريتها التامة ، وصرح صاحب«الفروع» بتحريمه، وهو لا ينافي الصحة ؛إذالصحة لا تستلزم عدم التحريم، (والا) بأن لم تخرج من الثلث ؛ (عتق) منها (قدره) - أي : قدر ما يقابل الثلث - كسائر تبرعاته ، (وبطل النكاح) ؛ لأنه قد

تبين انه نكح مبعضة يملك بعضها ، فيبطل ارثها لبطلان سببه ، وهوالنكاح .

(ولو أعتقها وقيمتها مائة ، ثم تزوجها وأصدقها مائتين لا مال له سواهما وهما مهر مثلها ، ثم مات؛ صح العتق) والنكاح،(ولم تستحق الصداق لئلا يفضي إلى بطلان عتقها ، فيبطل صداقها) ؛ لأنها اذا استحقت الصداق لم يبق له سوى قيمة الأمة المقدر بقاؤها ، فلا ينفذ العتق في كلها للحجر عليه فيما زاد على الثلث ، وإذا بطل العتق في البعض ؛ بطل النكاح ، وإذا بطل النكاح بطل الصداق . ولو أعتقها وأصدق المائتين أجنبية وهما مهر مثلها ، ومات قبل أن يتجدد له مال ؛ صح الإصداق ، وبطل العتق في ثلثي الأمة ؛ لأن الخروج من الثلث معتبر بحال الموت ، وحال الموت لم يبق له مال، وكذا لو تلفت المائتان قبل موته .

(ولو تبرع) المريض (بثلثه) في المرض ، (ثم اشترى أباه ونحوه) كأمه وأخيه (من الثلثين ؛ صح الشراء) ؛ لأنه معاوضة (ولا عتق) لما اشتراه ؛ لأنه اشتراه بما هو مستحق للورثة بتقدير موته ، (فإذا مات) المريض (عتق) الأب ونحوه (على وارثه) ؛ لملكه من يعتق عليه ، فعتق . ومحل ذلك (إن كان) الذي اشتراه (ممن يعتق عليه) — أي : على وارث المريض — كما لو كان المشتري أبا للمريض أو أماً له ،والوارث ابناً له فإنه يعتق عليه ؛ لأنه جده أو جدته ،(ولا إرث له) — أي : العتيق إذن ؛ (لأنه لم يعتق في حياته) ، بل عتق بعد موته ، ومن شرط الإرث حرية الوارث عند الموت ولم يوجد .

تتمة : ولو أن امرأة مريضه أعتقت عبدا قيمته عشرة ، وتزوجها بعشرة في ذمته ، ثم ماتت ، وخلفت مائة اقتضى قول أصحابنا أن تضم العشرة التي في ذمته إلى المائة ، فيكون ذلك هو التركة ، ويرث نصف ذلك ، ويبقي للورثة خمسة وخمسون .

﴿ كتاب الوصية ﴾

يقال: وصى توصية وأوصى إيصاء والاسم الوصية والوصاة والوصاية ـ بفتح الواو وكسرها ـ والوصايا جمع وصية كقضايا جمع قضية . وأصله وصآئي ـ بهمزة مكسورة ـ بعد المد تليها ياء متحركة هي لام الكلمة فتحت هذه الهمزة العارضة في الجمع ، وقلبت الياء ألفا لتحركها وانفتاح ما قبلها ، فصار: وصاآ فكرهوا اجتماع ألفين بينهما همزة ، فقلبوها ياء فصار وصايا . قال في «المبدع»: ولو قيل: إن جمعه فعالى ، وأن جمع المعتل خلاف جمع الصحيح لكان حسنا انتهى . وهي مأخوذة من وصيت الشيء أصيه إذا وصلته ، فإن الميت وصل ما كان فيه من أمر حياته بما بعده من أمر مماته .

والوصية لغة: الأمر . قال تعالى : « ووصى بها إبراهيم بنيه ويعقوب »[1] وقال : « ذلكم وصاكم به »[2] ومنه قول الخطيب : أوصيكم بتقوى الله .

وشرعا: (الأمر بالتصرف بعد الموت) كأن يوصي إلى إنسان بتزويج بناته أو غسله أو الصلاة عليه إماما أو الكلام على صغار أولاده أو تفرقة ثلثه ونحوه ، والأصل فيها الكتاب والسنة والإجماع .

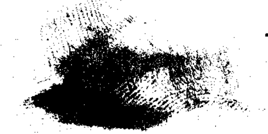
أما الكتاب فقوله تعالى : « كتب عليكم إذا حضر أحدكم الموت إن ترك خيراً الوصية »[3] .

وأما السنة : فقوله عليه الصلاة والسلام: « ما حق امرىء مسلم له شيء يوصي فيه يبيت ليلتين إلا ووصيته مكتوبة عنده » . متفق عليه . وعن أبي هريرة عن

---

(١) سورة البقرة ، الآية : ١٣٢ (٢) سورة الانعام ، الآية : ١٥١

(٣) سورة البقرة ، الآية : ١٨٠



رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : « إن الرجل ليعمل أو المرأة بطاعة الله ستين سنة ثم يحضرهما الموت فيضاران في الوصية فتجب لهما النار، ثم قرأ أبو هريرة «من بعد وصية يوصي بها أو دين غير مضار» وصية من الله» الى قوله «وذلك الفوز العظيم» [1] رواه أبوا داود والترمذي . ولأحمد وابن ماجه معناه وقالا فيه: «سبعين سنة». وأوصى أبو بكر بالخلافة لعمر، ووصي بها عمر الى أهل الشورى. وعن سفيان بن عيينة عن هشام بن عروة قال : أوصى إلى الزبير سبعة من أصحابه ، فكان يحفظ عليهم أموالهم وينفق على أيتامهم من ماله. وقوله: بعد الموت. مخرج للوكالة ، ولا تجب الوصية لأجنبي ؛ لعدم دليل وجوبها ، ولا لقريب . وآية « كتب عليكم إذا حضر أحدكم الموت » [2] منسوخة . أخرجه أبو داود عن ابن عباس . والحد السابق لأحد نوعي الوصية وذكر الثاني بقوله:

(و)الوصية(بمال: التبرع به) - أي:المال - (بعد الموت) ، بخلاف الهبة وأجمعوا على جواز الوصية ؛ للآية السابقة ، ولقوله صلى الله عليه وسلم : « ماحق امرىء مسلم له شيء يريد أن يوصي فيه يبيت ليلتين الا ووصيته مكتوبة عنده » . رواه الجماعة واحتج به من يعمل بالخط إذا عرف . (ولا يعتبر فيها) - أي : الوصية - (القربة ؛ لصحتها لنحو حربي) بدار حرب . نص عليه أحمد كما تصح هبته ، فصحت الوصية له كالذمي .

(و) تصح (لمرتد) اختاره أبو الخطاب ، ويأتي .

(وتصح) الوصية (مطلقة كأوصيت لفلان بكذا و) تصح (مقيدة كإن مت في مرضي) هذا (أو بلدي) هذا أو عامي(هذا) فلزيد كذا ؛ لأنه تبرع يملك تنجيزه ، فملك تعليقه كالعتق .

وأركانها أربعة موص ووصية وموصى به وموصى له ، وقد أشار إلى الأول بقوله : (من كل) إنسان (عاقل) رشيد (لم يعاين الموت) . قاله

---

(١) سورة النساء ، الآية : ١٢ (٢) سورة البقرة ، الآية : ١٨٠

في « الكافي » فإن عاينه لم يصح ؛ لأنه لا قول له والوصيــــة قول . قال في « الآداب الكبرى » : ولعله أراد ملك الموت ، فيكون كقول « الرعاية ».
قال في «الفروع» : ولنا خلاف هل تقبل التوبة مالم يعاين الملك أو ما دام مكلفاً أو ما لم يغرغر ، أي تبلغ روحه حلقومه؟ قال في «تصحيح الفروع » : والأقوال الثلاثة متقاربة ، والصواب: تقبل ما دام عقله ثابتا . وفي مسلم وغيره : «يارسول الله ؛ أي : الصدقة أفضل ؟ فقال : أن تصدق وأنت صحيح شحيح تخشى الفقر ، وتأمل الغنى ولا تمهل حتى إذا بلغت الحلقوم قلت لفلان كذا ولفلان كذا وقد كان لفلان » . وقال في «شرح مسلم»: اما من عنده أو حكاية عن الخطابي ، والمراد قاربت بلوغ الحلقوم إذ لو بلغته حقيقة ؛ لم تصح وصيته ولا صدقته ولا شيء من تصرفاته باتفاق الفقهاء ، (ولو) كان الموصي (مميزاً يعقلها) — أي : الوصية — روى مالك في موطئه عن عبد الله ابن ابي بكر عن أبيه أن عمرو بن سليم أخبره أنه قيل لعمر بن الخطاب: إن ههنا غلاما يفاعاً لم يحتلم وورثته بالشام ، وهو ذو مال وليس له ههنا الا ابنة عم ، فقال عمر : فليوص لها ، فأوصى لها بمــــال يقال له : بـــئر جشم . قــال ابن عمرو بن سلـــيم ، فبعث ذلك المـــال بثلاثين ألفا ، وابنة عمه التي أوصى لها هي أم عمرو بن سليم ، وهذه قصة انتشرت فلم تنكر ، ولأنه تصرف تمحض نفعاً للصبي ، فصح منه كالإسلام والصلاة ، وذلك ؛ لأن الوصية صدقة يحصل ثوابها له بعد غناه عن ملكه وماله ، فلا يلحقه ضرر في عاجل دنياه ولا أخراه ، بخلاف الهبــة والعتق المنجز ، فإنه يفوت من مال يحتاج إليه ، وإذا ردت رجعت إليه ، وههنا لا يرجـــع إليه بالرد ، فإذا وصى بوصية يصح مثلها من البالغ صحت منه ، ومــالا فلا . قال شريح وعبد الله بن عتبة وهما قاضيان: من أصاب الحق أجزنا وصيته ، (أو) كان الموصي (كافراً أو فاسقاً) رجلاً كان أو امرأة ؛ لأن من كان كذلك هبته صحيحة فوصيته من باب أولى ، (أو) كان (قنا) أو مدبرا أو أم ولد في غير مال ؛

لأن لهم عبادة صحيحة وأهلية تامة ، وأما وصيتهم في المال إن ماتوا على الرق ؛ فلا وصية لهم ؛ لانتفاء ملكهم . ومن عتق منهم ، ثم مات ، ولم يغير وصيته ؛ صحت ؛ لأن الوصية تصح مع عدم المال كالفقير إذا وصى ولا مـــال له ، ثم أستغنى صحت وصيته ، (أو) كان (سفيها) ووصى (بمال) ؛ فتصح ؛ لتمحضها نفعاً له من غير ضرر كعباداته ، ولأنه إنما حجر عليه لحفظ ماله وليس في الوصية إضاعة له ؛ لأنه إن عاش كان ماله له ، وإن مات كان ثوابه له ، وهو أحوج إليه من غيره .

و (لا) تصح الوصية من المحجور عليه لسفه (على ولده) ؛ لأنه لا يملك التصرف عليه بنفسه فوصيه أولى ، وأما المحجور عليه لفلس فتصح وصيته ؛ لأن الحجر عليه لحظ الغرماء ، ولا ضرر عليهم ؛ لأنه إنما تنفذ وصيتـه في ثلثه بعد وفاء ديونه ، (أو) كان (أخرس) فتصـح وصيته (بإشارة تفهم) ؛ لأن تعبيره إنما يحصل بذلك عرفا ، فهي كاللفظ من قادر عليـــه ، وفيه تنبيه على صحتها منه بالكتابة .

و (لا) تصح الوصيـة إن كان الموصي (معتقلا لسانه) بإشارة — ولو فهمت — (الا إن أيس من نطقه) ، أما إذا لم يكن مأيوساً من نطقه كقادر على الكلام ؛ فلا تصح وصيته ؛ لما في «مصنف ابن أبي شيبة» عن قتادة عن حلاس أن امرأة قيل لها في مرضهـــا أوصي بكذا ، فأومأت برأسها ؛ فلم يجزه علي ابن أبي طالب .

(ولا) تصح الوصية من (سكران) ؛ لأنه حينئذ غير عاقل أشبه المجنون وطلاقه انما وقع تغليظا عليه ؛ (أو) كان (مبرسما) ؛ لأنه لا حكم لكلامه ، وكذا المغمى عليه ، فإن كان يفيق أحيانا ، ووصى في إفاقته ؛ صحت . ولا تصح من طفل ؛ لأنه لا يعقل الوصية ولا حكم لكلامه .

فائدة : الضعيف في عقله إن منع ضعفه ذلك رشده في ماله ؛ فكسفيه تصح

وصيته في ماله ، لا على ولده ، وان لم يمنع رشده ؛ فهو جائز التصرف .

(وتصح) الوصية (بخط إن ثبت أنه خط موص بإقرار وارث) أنه خطه (أو بينة تشهد أنـــه خطه) ، ويعمل بها . قال ابن القيم : وقد صرح أصحاب أحمد والشافعي بأن الوارث اذا وجد في دفتر مورثه [أن] لي عند فلان كذا ؛ جاز أن يحلف على استحقاقه ،وكذا لو وجد في دفتره: إني أديت الى فلان ما عليّ ؛ جاز له أن يحلف على ذلك ان وثق بخط مورثه وأمانته . وقال في « الاختيارات » : وتنفذ الوصية بالخط المعروف وكذا الإقرار اذا وجد في دفتره ، وهو مذهب الإمام أحمد انتهى . قال في « الإنصاف » : هذا المذهب . قال الزركشي : نص عليـه أحمد واعتمده الأصحاب ، وقاله الخرقي وقدمه في «المغني» و « الشرح » و «المحرر» و «الرعايتين» و «الفروع» وغيرهم انتهى ؛ لقوله عليـه الصلاة السلام : « ما حق امرىء مسلم يبيت ليلتين إلا ووصيته مكتوبة عنده » . ولم يذكر أمراً زائداً على الكتابـــة ، فدل على الاكتفاء بها ، واستدل أيضاً : «بأنه صلى الله عليه وسلم كتب الى عماله وغيرهم ملزماً للعمل بتلك الكتابة» « وكذا الخلفاء الراشدون من بعـده ، ولأن الكتابة تنبىء عن المقصود ، فهي كاللفظ . قال الحارثي : وقول أحمد إن كان عرف خطه، وكان مشهور الخط ينفذ ما فيها. فإنه أناط الحكم بالمعرفةوالشهرة من غير اعتبار لمعاينة الفعل ، وهو الصحيـح ، خلافاً للقاضي حيث اعتبر معاينة البينة . وقال الحـارثي : ولا شك أن المقصود حصول العلم بنسبة الخط اليه ، وذلك موجود بحيث يستقر في النفس استقراراً لا تردد معه ، فوجب الاكتفاء به انتهى. ومحل ذلك ما لم يعلم رجوعه عن الوصية فتبطل ؛ لأنها جائزة كما يأتي، فله الرجوع عنها ، واذا لم يعلم رجوعه عنها عمل بها ، (وإن طال الزمن أو تغير حال موص) مثل أن يوصي في مرض ، فيبرأ منه ، ثم يموت بعد ذلك ؛ أو يقتل ؛ (لأن الأصل بقاؤه) ـ أي: الموصي على وصيته ـ و(لا) تصح (لمن

ختمها) موصٍ (وأشهد عليها) مختومة ، ولم يعلم الشاهد ما فيها ، (ولم يتحقق أنها) - أي : الوصية - (بخطه) - أي : الموصي - فلا يعمل بها ؛ لأن الشاهد لا تجوز له الشهادة بما فيها بمجرد هذا القول ، لعدم علمه بما فيها ، لكن لو تحقق أنه خطه من خارج عمل به ، لا بالإشهاد عليها ككتاب القاضي الى القاضي ، وعكس الوصية الحكم ؛ فإنه لا يجوز للقاضي الحكم برؤية خط الشاهد احتياطاً للحكم ، ولو رأى الحاكم حكمه بخطه تحت ختمه ، ولم يذكر أنه حكم به ، أو رأى الشاهد شهادته بخطه،ولم يذكر الشهادة؛لم يجز للحاكم إنفاذ الحكم بماوجده بخطه تحت ختمه ولا للشاهد الشهادة بما رأى خطه به على الصحيح احتياطاً ، والفرق بين ذلك والوصية أنها سومح فيها بصحتها مع الغرر والخطر ، وبالمعدوم والمجهول ؛ فجازت المساحة فيها بالعمل بالخط كالرواية ، بخلاف الحكم والشهادة .

(ويستحب أن يكتب في صدر وصيته بسم الله الرحمن الرحيم هذا ما أوصى به فلان) ابن فلان (أنه يشهد أن لا إله إلا الله وحده لا شريك له وأن محمداً عبده ورسوله ، وأن الجنة حق ؛ وأن النار حق ، وأن الساعة آتية لا ريب فيها ، وأن الله يبعث من في القبور ، وأوصي من تركت من أهلي أن يتقوا الله ويصلحوا ذات بينهم ، ويطيعوا الله ورسوله إن كانوا مؤمنين . وأوصيهم بما أوصى به إبراهيم بنيه ويعقوب : « يا بني إن الله اصطفى لكم الدين فلا تموتن إلا وأنتم مسلمون ») [1]. لما ثبت عن أنس بن مالك قال : هكذا كانوا يوصون. أخرجه الدارمي وأخرجه أيضاً سعيد بن منصور،وفي أوله: كانوا يكتبون في صدور وصاياهم : بسم الله الرحمن الرحيم هذا ما أوصى ...

(وتجب) الوصية (على من عليه حق) كدين بلا بينة أو عنده وديعة (بلا

---

(١) سورة البقرة ، الآية : ١٣٢

بينة) ، أو عليه واجب من زكاة أو حج أو كفارة أو نذر ، (فـ)يجب عليه أن (يوصي بالخروج منه) ؛ لأن أداء الأمانات والواجبات واجب .

(وتسن) الوصية (لمن ترك خيراً) . لقوله تعالى : « كتب عليكم اذا حضر أحدكم الموت إن ترك خيراً الوصية »[1]. نسخ الوجوب وهو المنع من الترك ، بقي الرجحان ، وهو الاستحباب يؤيده ما روى ابن ماجة عن ابن عمر مرفوعاً يقول الله تعالى : « يا ابن آدم جعلت لك نصيباً من مالك حين أخذت بكظمك لأطهرك وأزكيك » . (وهو) ؛ أي : الخير (المال الكثير عرفاً) فلا يتقدر بشي ؛ لأنه لا نص في تقديره (بخمسه) ـ أي : ماله ـ متعلق بتسن . روي عن أبي بكر وعلي رضي الله عنهما قال أبو بكر : وصيت بما رضي الله به تعالى به لنفسه يعني في قوله تعالى : « واعلموا أنما غنمتم من شيء فأن لله خمسه وللرسول »[2] (لقريب فقير) لا يرث ؛ لأن الله تعالى كتب الوصية للوالدين والأقربين ، فخرج منه الوارثون بقوله عليه الصلاة والسلام : « لا وصية لوارث » . وبقي سائر الأقارب على الوصية لهم ، وأقل ذلك الاستحباب ، ولأن الصدقة عليهم في الحياة أفضل ، فكذا بعد الموت ، (وإلا) يكن له قريب فقير وترك خيراً (فـ)المستحب أن يوصي (لمسكين وعالم) فقير (ودين) فقير وابن سبيل وغاز (وتكره) وصية (لفقير) ـ أي : منه ـ إن كان (له ورثة) محاويج ؛ لقوله عليه السلام : « إن تترك ورثتك أغنياء خير من أن تدعهم عالة » . ولأن إعطاء القريب المحتاج خير من إعطاء الغني ، فمتى لم يبلغ الميراث غناهم كان تركه لهم كعطيتهم إياه ، فيكون ذلك أفضل من الوصية لغيرهم ، فعلى هذا يختلف الحال باختلاف الورثة في كثرتهم وقلتهم وغناهم وفقرهم ، (إلا مع غناهم) ـ أي : الورثة ـ (فتباح) الوصية . قال في «التبصرة» رواه ابن منصور. وقاله

---

(١) سورة البقرة ، الآية : ١٨٠ (٢) سورة الانفال ، الآية : ٤١

في «المغني» وغيره و «الفائق» و «الحاوي الصغير» و «الهداية» و «المذهب» و «المستوعب» و «الخلاصة» وصوبه في «الإنصاف».

(وتصح) الوصية (ممن لا وارث له بنحو رحم) كفرض أو عصبة (بجميع ماله). روي عن ابن مسعود؛ لأن منع مجاوزة الثلث ثبت لحق الورثة، فحيث لا وارث له ينتفي المنع لانتفاء علته. (فلو) مات و(ورثه زوج أو زوجة) لا غير وكان قد أوصى بجميع ماله (وردها) أحد الزوجين (بالكل) - أي: كل المال - (بطلت) الوصية (في قدر فرضه) - أي: الراد - (من ثلثيه) - أي: المال - فإن كان الراد زوجاً بطلت في الثلث؛ لأن له نصف الثلثين، وإن كان زوجة بطلت في السدس؛ لأن لها ربع الثلثين، (فيأخذ وصي) - أي: موصى له - (الثلث)؛ لأنه لا يتوقف على إجازة، (ثم) يأخذ (ذو الفرض)، وهو أحد الزوجين في المثال (فرضه من ثلثيه) الباقيين بعد أخذ الموصى له، فيأخذ ربع الثلثين وهو سدس إن كان الراد زوجة، ونصفها وهو الثلث إن كان الراد زوجاً، (ثم تتم الوصية منهما) - أي: الثلثين -؛ أي: من الباقي منهما؛ لأن الزوجين لا يرد عليهما، فلا يأخذان من المال أكثر من فرضيهما، ولأن الزائد على فرض أحد الزوجين ليس أولى به من الموصى له، أشبه ما لو لم يكن لموصٍ وارث أصلاً.

(ولو وصى أحدهما) - أي: أحد الزوجين - (للآخر) بكل ماله، ولا وارث له غيره؛ (فله) - أي: الموصى له - (كله) - أي: كل المال - فيأخذه جميعه (إرثاً ووصية) على الصحيح من المذهب؛ لأنه لا يرد عليها.

(وتحرم) الوصية (ولو) كانت (لصحيح) - أي: منه - إذ لا فرق في ذلك بين صحة الموصي أو مرضه (بمن يرثه) على الصحيح من المذهب. نص عليه، (غير زوج أو) غير (زوجة، ويتجه) كون الزوجين (أجنبيين)؛ إذ

لو كان أحدهما وارثاً لصدق عليه أن له وارثاً بغير الزوجية ، وهو متجه(١).

(بزائد على الثلث لأجنبي ، ولوارث بشيء) مطلقاً ، سواء وجدت الوصية في صحة الموصي أو مرضه لقوله عليـه الصلاة والسلام [لسعد حين قال : أوصي بمالي كله ؟ قال : لا . قال : فالشطر ؟ قال : لا . قال : الثلث ؟ قال : الثلث والثلث كثير،إنك إن تذر ورثتك أغنياء خير من أن تدعهم] عالة يتكففون الناس » . متفق عليه . ولقوله عليه الصلاة والسلام : «إن الله قد أعطى كل ذي حق حقه ، فلا وصية لوارث » . رواه الخمسة الا النسائي .

(وتصح) هذه الوصية المحرمة ، (ويقف نفوذ) ها (على إجازة الورثة)؛ لحديث ابن عباس مرفوعاً : « لا تجوز وصية لوارث الا أن يشاء الورثة » . وعن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده مرفوعاً : « لا وصية لوارث الا أن يجيز الورثه» . رواهما الدارقطني والاستثناء من النفي اثبات ، فيكون ذلك دليلًا على صحة الوصية عند الإجازة ؛ ولو خلا عن الاستثناء فمعنـاه لا وصية نافذة أو لازمـــة وما أشبه ذلك . وهذان الحديثان مخصصان لما تقدم من العموم ، ولأن المنع من ذلك انمـــا هو لحق الورثة ، فإذا رضوا بإسقاطه ؛ سقط .

(ولو وصى) من له ورثة (لكل وارث) منهم (بمعين) من ماله (بقدر إرثه)؛صح، أجاز ذلك الورثة أو لا ، وسواء كان في الصحة أو المرض كرجل خلف ابناً وبنتاً وخلف عبداً قيمته مائة وأمة قيمتهـا خمسون ، فوصى للابن بالعبد وللبنت بالأمة ؛ فيصح ؛ لأن حق الوارث في القدر لا في العين ، بدليل ما لو عاوض المريض بعض ورثته أو أجنبياً جميع ماله بثمن مثله ؛ فإنه يصح،

---

(١) أقول : ذكره الجراعي ، وأقره ، وهو ظاهر مراد قطعا لما قرره شيخنا ، فتأمل . انتهى

ولو تضمن فوات عين جميع المال، (أو) وصى (بوقف ثلثه على بعضهم) – أي: الورثة – (صح) ذلك (مطلقاً) ؛ أي : سواء أجـاز ذلك الورثة أو لا ، وسواء كان في الصحة أو في المرض نصاً؛ لأنه لا يباع ولا يورث ولا يملك ملكاً تاماً ، لتعلق حق من يأتي من البطون به . (و كذا وقف زائد) على الثلث إذا (أجيز) ؛ فإنه ينفذ ، فإن لم يجيزوه لم ينفذ الزائد (ولو مع وحدة وارث) موقوف عليه بزائد على الثلث ؛ لأنه يملك رده إذا كان على غيره فكذا إذا كان على نفسه.

(ومن لم يف ثلثه بوصاياه) ، ولم تجز الورثة ؛ (أدخل النقص على كل) من الموصى لهم (بقدر وصيته كمسائل العول) ، فلو وصى لواحد بثلث ماله ، ولآخر بمائة ، ولثالث بعبد قيمته خمسون ، وبثلاثين لفـداء أسير ، ولعمارة مسجد بعشرين، وكان ثلث ماله مائة وبلغ مجموع الوصايا ثلثمائة نسبت منها الثلث فهو ثلثها ، فيعطى كل واحد ثلث وصيته . (وإن) كانت وصيـة بعضهم (عتقا) ؛ لأنهم تساووا في الأصل وتفاوتوا في المقدار ، فوجب أن يكون كذلك ، (وإن أجازها) – أي : الوصية – بزائد على الثلث أو لوارث بشيء (ورثة بلفظ اجازة) كأجزتها، (أو) بلفظ (امضاء) كأمضيتها ، (أو) بلفظ (تنفيذ) كنفذتها ؛ (لزمت) الوصية؛ لأن الحق لهم، كما تبطل بردهم .

تتمة : لو أسقط مريض عن وارثه دينا أو عفا عن جناية موجبها المال ، أو أسقطت المرأة صداقها عن زوجها في مرضها المخوف ؛ فكالوصية يتوقف على إجازة الورثة ؛ لأنه تبرع في المرض فهو كالعطية فيه ، وإن وصى لولد وارثه بالثلث فما دون ذلك ؛ صح ؛ لأنهـا وصية لغير وارث ، فإن قصد بذلك نفع الوارث ؛ لم يجز فيما بينه وبين الله تعالى ؛ لأن الوسائل لها حكم المقاصد ، وتنفذ حكما ؛ لما تقدم والله أعلم .

(فصل : والإجازة) – أي : إجازة الورثة – لما زاد على الثلث للأجنبي وللوارث بشيء (تنفيذ) لما وصى به الموروث (لا يثبت لها) – أي: الإجازة –

(أحكام هبة) ؛ فلا تفتقر إلى أركان الهبة التي تتوقف عليها صحتها من إيجاب وقبول وقبض ونحوه كالعلم بما وقعت فيه الإجازة والقدرة على تسليمه ، ولا تثبت أحكام الهبة فيما وقعت فيه الإجازة (فلا يرجع أب) وارث من موصٍ (أجاز ابنه) فيما أجازه له من الوصية؛ لأن الأب إنما يملك الرجوع فيما وهبه لابنه ،والإجازة تنفيذ لما وهبه غيره لابنه، (ولا يحنث بها) ـ أي : الإجازة ـ (حالف لا يهب) شيئاً ، فأجاز الوصية به؛ لأن الإجازة ليست بهبة ، (وولاء عتق) من مورث (مجاز) ـ أي : مفتقر إلى الإجازه ـ تنجيزاً كان كعتقه عبداً لا يملك غيره ، ثم مات أو موصى به كوصية بعتق عبد لا يملك غيره ، فعتقه في الصورتين يتوقف على إجازة الورثة في ثلثيه ، فإذا أجازوه نفذ وولاؤه (لموص تختص به) ـ أي : بالإرث به ـ (عصبته) دون باقي ورثته ، لأن الإجازة تنفيذ لفعل الميت ، (وما ولدته) أمة (موصى بعتقها) قبل عتق و (بعد موت) ؛ (فـ)ولدها (كهي) ؛ أي : يصير عتيقا تبعاً لأمه كأم الولد والمدبرة .

(وتلزم) الإجازة (بغير قبول) مجاز له (و)بغير (قبض ـ ولو) كانت الإجازة (من سفيه ومفلس) ـ لأنها تنفيذ لا تبرع بالمال، (لا) إن كان المجيز (غير مكلف) كالصغير والمجنون ؛ لأنها لا يعتد بكلامها ، فإجازتها وعدمها على حد سواء . وتلزم الإجازة (مع كونه) ـأي : المجاز ـ (وقفا على مجيزه)؛ لأن الوقف ليس صادراً من المجيز ولا منسوبا إليه، وإنما هو منفذ له، (و)تلزم (مع جهالة مال أجيز) ؛ لأنها عطية غيره ، فلا يعتبر لصحتها أن يكون المجاز معلوماً ؛ لأنه ليس هبة ولو قبل الموصى له الوصية المفتقرة إلى الإجازة لمجاوزتها الثلث أو لكونها لوارث ، قبل الإجازة ، ثم أجيزت الوصية بعد قبوله ؛ فالملك ثابت له من حين قبوله الوصية ، ولا يحتاج إلى قبول الاجازة؛ لأنها تنفيذ لقول موصٍ لا ابتداء عطية .

(و) ما جاوز الثلث من الوصايا ـ إذا أجيز للموصى له ؛ فانه (يزاحم)

به (بجاوز الثلث من لم يجاوزه) - أي : الثلث - كوصيتين احداهما مجاوزة الثلث، والأخرى غير مجاوزة ، كوصية بنصف ووصية بثلث ، فأجاز الورثة الوصية بالنصف فقط ؛ (فللذي نصف أجيز مع ذي ثلث لم يجز ثلاثة أخماس الثلث) ؛ لأن صاحب النصف يزاحم صاحب الثلث بنصف كامل ، فيقسم الثلث بينهما على خمسة ، وهي بسط النصف والثلث من مخرجها وهو ستة ، لصاحب النصف ثلاثة أخماس الثلث ، (وللآخر) - أي : صاحب الثلث - (خمساه) ، فيرد السدس إلى التركة اعتبارا ، (ثم يكمل لصاحب النصف) نصفه (بالاجازة) من التركة ، فتعمل لها مسألة رد ومسألة إجازة ؛ فالجامعة ثلاثون ، لصاحب النصف ثلاثة من مسألة الإجازة في مسألة الرد ، وهي خمسة بخمسة عشر ، ولصاحب الثلث اثنان من مسألة الرد في اثنين من مسألة الإجازة بأربعة ، والباقي للورثة ، (و) قال (في « الانصاف ») : وقد (تكلم) محب الدين (ابن نصر الله) البغدادي (على هذه المسألة في كراسة بما لا طائل تحته) انتهى كلام « الإنصاف » . (لكن لو أجاز مريض) مرض الموت المخوف وصية تتوقف على الإجازة (فـ) إجازته (من ثلثه) ؛ لأنه بالإجازة قد ترك حقاً مالياً كان يمكنه أن لا يتركه ، فاعتبر من ثلثه (كمحاباة صحيح في بيع خيار له) ، يعني كما لو باع صحيح شيئاً يساوي مائة وخمسين بمائة بشرط الخيار له إلى شهر مثلا ، (ثم مرض) البائع (زمنه) - أي : في الشهر المشروط لنفسه فيه الخيار - ولم يختر فسخ البيع حتى مات ، فإن محاباته بالخمسين تعتبر من ثلثه ، فإنه كان يمكنه عدم ترك القدر المحابى به ، فإنه لو فسخ البيع رجع ذلك إلى ورثته ، فلما لم يفسخه صار كأنه اختار وصول ذلك إلى المشتري ، فيكون من ثلثه كما لو أعطاه إياه في حال مرضه من غير بيع ، وما مشى عليه المصنف من أنه لو أجاز المريض فمن ثلثه تبعا « للمنتهى » ومشى عليه القاضي في خلافه والمجد في « محرره » وكان عليه أن يقول خلافا له ؛ إذ صاحب « الإقناع »

صرح بأن إجازة المريض غير معتبرة من ثلثه تبعا لأبي الخطاب ، والمعتمد ما قاله المصنف ، فإن قيل قد تقدم في أول الفصل أن الإجازة تنفيذ ؛ أي : لا ابتداء عطية ، وهنا اعتبرت من الثلث كعطية مبتدأة ؛ فالجواب انها فيما تقدم تنفيذ فيما اذا كان المجيز صحيحاً ، وهنـــا فيما إذا كان في حالة المرض ؛ فلا منافاة ، (و كإذن) مريض (في قبض هبة) وهبها وهو صحيح ؛ لأنها قبل القبض كان يمكنه الرجوع فيها ، و (لا) تعتبر محاباة في (خدمته) من الثلث بأن أجر نفسه للخدمة بدون أجر مثله ، ثم مرض فأمضاها ، بل محاباته في ذلك من رأس ماله ؛ لأن تركه الفسخ إذن ليس بترك مال .

(والاعتبار بكون من وصي)له بوصية (أو وهب له) هبة من قبل مريض (وارثاً أو لا عند الموت) ــ أي : موت الموصي والواهب ــ فمن وصى لأحد إخوته ، ثم حدث له ولد صحت الوصية ؛ لأنـــه عند الموت ليس بوارث . وإن وصى أو وهب مريض أخاه ، وله ابن ، فمات قبله ؛ وقفتا على إجازة بقية الورثة .

(و) الاعتبار (بإجازة) الوصية أو العطية من قبل الورثة (أو رد) منهم لأحدهما (بعده) ـ أي : بعد الموت ـ وما قبل ذلك من رد أو إجازة لا عبرة به ، هذا المذهب نص عليه ، وعليه جماهير الاصحاب ، وقطع به كثير منهم ؛ لأن الموت هو وقت لزوم الوصية ، والعطية في معناهـا . (ومن أجاز) من الورثة هبة في المرض أو وصية ، وكان الموهوب أو الموصى به جزءاً (مشاعاً) كنصف ونحوه ، (ثم قال) المجيز : (إنما أجزت) ذلك (لأني ظننته) ــ أي : المال ــ المخلف (قليلاً) ، ثم تبين لي أنه كثير (قبل) قوله ذلك (بيمينه) ؛ لأنه أعلم بحاله ، والظاهر معه (فيرجع) المجيز (بما زاد على ظنه) ؛ لإجازته ما في ظنه ، فإذا كان المال ألفاً وظنه ثلاثمائة والوصية بالنصف ؛ فقد أجاز السدس ، وهو خمسون ؛ فهي جائزة عليه مع ثلث الالف ، فلموصى له ثلاثمائة وثلاثة وثمانون

وثلث ، والباقي للوارث ، (إلا أن يكون المال) المخلف (ظاهراً لا يخفى) على المجيز ؛ فلا يقبل قوله انه ظنه قليلاً ؛ لأنه خلاف الظاهر ، (أو تقوم بينة) على المجيز (بعلم قدره) – أي : المال – فلا يقبل قوله ، ولا رجوع له عملاً بالبينة ، (وإن كان) المجاز من عطية أو وصية (عيناً) كعبد أو فرس معينين ، يزيد على الثلث ، فأجاز الوارث ، وقال بعد الإجازة : ظننت المال كثيراً تخرج الوصية من ثلثه ، فبان قليلاً أو ظهر عليه دين؛ لم يقبل قوله، (أو) كان المجاز (مبلغاً معلوماً) كمائة درهم أو عشرة دنانير أو خمسة أوسق من بر تزيد على الثلث أوصى بها وأجازها الوارث ، (وقال ظننت الباقي) بعده (كثيراً) ، فبان قليلاً ، أو ظهر عليه دين لم أعلمه ؛ (لم يقبل) قوله ، ولم يملك الرجوع ؛ لأن المجاز معلوم لا جهالة فيه ، وقال الشيخ تقي الدين : وإن قال ظننت قيمته ألفاً ، فبان أكثر ؛ قبل وليس نقضاً للحكم بصحة الإجازة ببينة أو إقرار ، وقال إن أجاز وقال : أردت أصل الوصية ؛ قبل .

(فصل) : في حكم قبول الوصية وردها وما يترتب على ذلك ، وغير ذلك (وما وصى به لغير محصور) كالعلماء والفقراء والمساكين ومن لا يمكن حصرهم كبني تميم ،(أو) وصى به (لنحو مسجد) كثغر ورباط وحج ؛ (لم يشترط قبوله ولزمت) الوصية (بمجرد موت) ؛ لأن اعتبار القبول منهم متعذر ، فسقط اعتباره كالوقف عليهم ، ولا يتعين واحد منهم ، فيكتفى به ، ولو كان من الموقوف عليهم ذو رحم من الموصى به مثل أن يوصي بعبد للفقراء وأبو العبد فقير ؛ لم يعتق عليه ؛ لأن الملك لم يثبت لكل منهم إلا بالقبض ، (وإلا) تكن الوصية كذلك ، بل لآدمي معين – ولو عدداً يمكن حصره – (اشترط) قبوله؛ لأنها تمليك له كالهبة .

(ويحصل قبول بلفظ) كقبلت ، ولا يتعين اللفظ ، بل يجزىء ما قام مقامه ، واليه الإشارة بقوله:(و) يحصل قبول (بفعل) دال على الرضي (كأخذ)

موص (ووطىء) أمة موصى بها كرجعة وبيع خيار، ويجوز فوراً ومتراخياً، (ومحله) – أي . القبول – (بعد الموت) ؛ لأن الموصى له لا يثبت له حق قبله، وكذلك لا عبرة برده قبل الموت . قال في «الفروع» : لا قبول ولا رد لموصى له في حياة الموصي ، ولا رد بعد قبوله . (ويثبت ملك موصىً له من حينه) – أي : القبول بعد الموت – لأنه تمليك عين لمعين يفتقر الى القبول ، فلم يبق الملك كسائر العقود ، ولأن القبول من تمام السبب ، والحكم لا يتقدم سببه ، (ولو قبل إجازة) الورثة فيما لا يفتقر الى إجازتهم ، فيجوز التصرف في الموصى به بعد ثبوت الملك بالقبول وقبل القبض ، ولو كان مكيلاً ونحوه ؛ لأن الملك استقر فيه بالقبول ، فلا يخشى انفساخه ، ولا رجوع ببدله على أحد كالوديعة ، بخلاف المبيع ؛ لأنه يخشى انفساخ البيع فيه ، (فلا يصح تصرفه) – أي : الموصى له في العين الموصى بها – ، (ولا) تصرف (وارث قبله) – أي : قبل القبول – يعني فلو باع الموصى له العين الموصى بها، أو أجرها، أو وهبها، أو كانت أمة فأعتقها ، أو زوجها أو نحو ذلك قبل قبوله ؛ لم يصح شيء من ذلك ؛ لأنها ليست في ملكه إذن، والوارث كذلك، (و) لو كان الموصى به نصاباً زكوياً وتأخر القبول مدة تجب فيه الزكاة فيما في مثله بأن يكون نقداً فيحول عليه الحول ، أو ماشية فتسوم الحول ، أو زرعاً أو ثمراً فيبدو صلاحه قبل قبوله ؛ فـ(لا زكاة) فيه (على واحد) من موصى له ووارث ؛ لأن ملك الموصى به غير مستقر لواحد منهما .

(وما حدث) من عين موصى به بعد موت موص وقبل قبول موصى له بها (من نماء منفصل) ككسب وثمرة وولد؛ (فـ)ـهو (لوارث) ؛ لأن العين في ملكه حينئذ ، (ويتبع) العين الموصى بها نماء ، (متصل) كسمن وتعلم صنعة كسائر العقود والفسوخ ، (وإن كانت) الوصية (بأمة فأحبلها وارث قبله) – أي : قبل القبول – وبعد موت موص، وولدت منه (صارت أم ولده) لأنها حملت

منه في ملكه لهـــا ،(وولده حر) لإتيانها به من وطء في ملكه ، (و)حينئذ (لا يلزمه) من أجل ذلك(سوى قيمتها لموصى له) بها اذا قبلها بعد ذلك ، (كما لو أتلفها) ، وإنما وجبت له قيمتها بإتلافها قبل دخولها في ملكه بالقبول (اذاً قبل) بها؛ لثبوت حق التملك له فيهـا بموت الموصي ، فإن قيل كيف قضيتم بكونهـا أم ولد وهي لا تعتق بإعتاقه ؟ أجيب بأن الاستيلاد أقوى من العتق ، ولذلك يصح من المجنون والشريك المعسر ، وإن لم ينفذ إعتاقها ، وإن وطيء الأمة الموصى له بها بعد موت الموصي كان ذلك قبولاً ؛ لأنه إنمـــا يباح في الملك ، فتعاطيه دليل اختيار الملك ، فيثبت له الملك به كقبوله باللفظ وكوطء الرجعية تحصل به الرجعة .

(وإن)وصى لزيد بأرض فـ(بنى أو غرس) فيها (وارث قبل قبول) موصى له ، ثم قبل ؛ (فكغرس مشتر شقصاً مشفوعاً) وبنائـــه ، فيكون محتوماً يتملكه موصى له بقيمته ، أو بقلعه ويغرم نقصه ؛ لأن الوارث غرس وبنى في ملكه ؛ فليس بظالم ؛ فلعرقه حق ، سواء علم بالوصية أم لا .

تكميل : ولو بيع شقص في شركة الورثة والموصى له على تقدير قبوله ، وكان البيع قبل قبول الوصية ، ثم قبل ؛ فلا شفعة له ؛ لأنه لم يكن مالكاً للرقبة حال البيع ، وتختص الورثة بالشفعة ؛ لاختصاصهم بالملك

(وإن وصي) ـ بالبناء للمفعول ـ (له) ـ أي : لإنسان حر ـ (بزوجته) الأمة ، فقبلها الموصى له ؛ انفسخ النكاح؛ لأنه لا يجتمع مع ملك اليمين،(فـ)إن أتت بولد كانت حاملاً به وقت الوصية ؛ فهو موصى به معها تبعاً لهـا ، سواء ولدته قبل موت موص أو بعده ، قبل القبول أو بعده . وإن (أحبلهـا) بعد الوصية وولدته في حياة الموصي؛ فالولد للموصي تبعاً لأمه. وإن أحبلهـــا بعد الوصية (وولدت) بعد موت الموصي (قبله) ـ أي : القبول ـ وهو متعلق بأحبلها فقط ؛ (لم تصر أم ولد) لزوجها الموصى له بها ؛ لأنها لم تكن ملكه

حين أحبلها، (وولده) ؛أي:الذي حملت به قبل قبولها (رقيق) للورثة ؛ لأنه نماء ملكهم ، هذا إن لم يكن اشترط حرية أولاده ، وإن أحبلها في حياة الموصي، وولدت بعد القبول ؛ فالولد لأبيه تبعاً لأمه ، وكل موضع كان الولد للموصى له ؛ فإنه يعتق عليه بالملك؛ لأنه ابنه. وان أحبلها بعد موت الموصي، ووضعت قبل القبول ؛ فالولد للورثة ؛ لأنه نمـــاء ملكهم . وإن أحبلها بعد القبول ؛ فالولد لأبيه حر الأصل وأمه أم ولد ؛ لأنها كانت مملوكة له حال إحباله . هذا كله إن خرجت من الثلث ، وإن لم تخرج كلها من الثلث ملك الموصى له منهـا بقدر الثلث إن لم تجز الورثة ، وانفسخ النكاح ؛ لحصول الملك في البعض .

تنبيه : كل موضع يكون الولد لأبيه فإنه يكون له منه ها هنـا بقدر ملكه من أمه ، ويسري العتق الى باقيــه إن كان الموصى له موسراً بقيمة باقيه ، والا يكن موسراً بقيمة باقيه عتق ما ملك منه فقط ، ولا سراية ؛ لعدم وجود شرطهـا . وكل موضع قلنـــا تكون أم ولد هناك ؛ فإنهـا تصير أم ولد هنـا موسراً كان الموصي له أو معسراً ؛ لأن الاستيلاد من قبيل الاستهلاك .

(و)إن وصى لحر (بأبيه) الرقيق (فمات) موصى له بعد موص ،و (قبل قبوله) الوصية ، (فقبل ابنه) – أي : الموصى له – الوصية بجده ؛ صح القبول؛ لقيامه مقامه، و(عتق موصى به حينئذ)؛أي : حين قبول الوصية لملك ابن ابنه له إذن، (ولم يرث) العتيق من ابنه الميت شيئاً؛لحدوث حريته بعد أن صار الميراث لغيره ، ولو كان الموصى به ابن أخ للموصى له ، وقد مات بعد موت الموصي، فقبل ابنه ؛ لم يعتق عليه ابن عمه ؛ لأن القابل إنما تلقى الوصية من جهة الموصي، لا من جهة أبيه ، ولذا لا تقضي ديون موصى له مات بعد موص وقبل قبوله من وصيته اذا قبلها وارثه .

(وعلى وارث ضمان عين) لا دين (حاضرة يتمكن من قبضها بمجرد موت

مورثه) إن تلفت بمعنى أنها تحتسب على الوارث ، (فما نقص من التركة) بعد موت المورث ؛ (فعليه) – أي : الوارث –و(لا ينقص به)– أي : التلف – (ثلث اوصى به) المورث . (قال) الإمام (أحمد في رجل) مات و (ترك مائتي دينار وعبدا بمائة) دينار ،(فأوصى به) – أي : العبد – (لرجل ، فسرقت الدنانير بعد الموت) أي : بعد موت الموصي – وتمكن الورثة من قبضها: (وجب العبد لموصى له ، وذهبت دنانير ورثة) ؛ لأن ملكهم استقر بثبوت سببه ؛ إذ هو لا يخشى انفساخه ، ولا رجوع لهم بالبدل على أحد ، فأشبه المودع ونحوه ، بخلاف المملوك بالعقود . ومفهومه أنها لو كانت غائبة أو حاضرة ، ولم يتمكنوا من قبضها ؛ لم تحتسب على الورثة. و(لا) يكون على وارث (سقي ثمرة موصى بها) ؛ لأنه لم يضمن تسليم هذه الثمرة الى الموصى له ، بخلاف البيع .

(وان مات موصى له قبل موت موص ؛ بطلت) الوصية ؛ لأنها عطية صادفت المعطي ميتاًفلم تصح كهبته ميتاً،و(لا) تبطل الوصية إن مات موصى له قبل موت موص (إن كانت) الوصية (بقضاء دينه) ؛ أي: دين الذي مات قبل موت الموصي؛ فإنها لا تبطل؛ لأن تفريغ ذمة المدين بعد موته كتفريغها قبله ؛ لوجود الشغل في الحالين كما لو كان حياً . ذكره الحارثي ، واقتصر عليه في «الإنصاف» . (وإن ردها) ؛ أي : رد موصى له الوصية (بعد موته) ؛ أي : الموصي (فإن كان) رده (بعد قبوله) للوصية (لم يصح رد مطلقاً) ؛ أي : سواء قبضها أو لا ، وسواء كانت مكيلًا أو موزوناً أو غيرهما؛ لاستقرار ملكه عليها بالقبول (كرده لسائر أملاكه) ولا عبرة بقبوله الوصية قبل موت موص ولا رده ؛ لأنه قبله لم يثبت له حق (وإلا) يكن رده الوصية بعد قبولها؛ بأن ردها قبله (بطلت) الوصية ؛ لأنه أسقط حقه في حال يملك قبوله وأخذه ، أشبه عفو الشفيع عن الشفعة بعد البيع ، وكل موضع صح فيه الرد بطلت فيه

الوصية (وعاد) الموصى به (تركة) ويكون الموصى به للوارث (ولو خص به الراد بعض الورثة) كواحد منهم ؛ لم يتخصص وكان بين الكل ؛ لأن المردود عاد الى ما كان قبل الوصية ، فلا اختصاص ، وكل موضع امتنع الرد في الموصى به لاستقرار ملك الموصى له على الموصى به؛ فله أن يخص به بعض الورثة، فيكون ابتداء تمليك ؛ لأن له تمليكه لأجنبي ، فله تمليكه لوارث . وحينئذ لو قال : رددت الوصية لفلان فلا أثر لذلك إلا أن يقترن به ما يفيد تمليك فلان؛ فيصح. وفي « المغني » و « المجرد » يقال له: ما أردت ؟ فإن قال: أردت تمليكه إياها وتخصيصه بها، فقبلها اختص بها. وإن قال : أردت ردها الى جميعهم ليرضى فلأن عادت الى جميعهم اذا قبلوها ، فإن قبلها بعضهم فله حصته . انتهى . وفيه بحث قاله الحارثي .

(ويحصل رد بنحو) قول موصى له (لا أقبل) هذه الوصية كرددتها وأبطلتها (وإن امتنع) موصى له بعد موت موص (من قبول ورد) للوصية (حكم عليه بالرد) شرعاً من غير حكم حاكم (وسقط حقه) من الوصية ؛ لأنها إنما تنتقل إلى ملكه بالقبول ، ولم يوجد (وإن مات) موصى له (بعد)موت (موص وقبل رد وقبول) للوصية (قام ورثته) ؛ أي : الموصى له (مقامه) في رد وقبول للوصية؛ لأنه حق ثبت للمورث، فينتقل إلى ورثته بعد موته ؛ لقوله عليه الصلاة والسلام : « من ترك حقاً ؛ فلورثته». وكخيار العيب، ولأن الوصية عقد لازم من أحد الطرفين ؛ فلم تبطل بموت من له الخيار كعقد الرهن والبيع إذ الشرط فيه الخيار لأحدهما ، وبهذين فارقت الهبة والبيع قبل القبول ، وأيضاً الوصية لاتبطل بموت الموجب لها ، فلم تبطل بموت الآخر ، فان كان وارثه جماعة اعتبر القبول والرد من جميعهم (فمن قبل منهم) فله حكمه من لزوم الوصية في نصيبه (أو رد) منهم (فله حكمه) من سقوط حقه من نصيبه لعوده لورثة الموصى له (ويقوم ولي)محجور عليه (مقامه) في ذلك (فيفعل

مافيه الحظ) للمحجور عليه كسائر حقوقه (وإن فعل) الولي (غيره)، أي : غير مافيه الحظ (لم يصح) فإذا كان الحظ في قبولها ؛ لم يصح الرد ؛ وكان له قبولها بعد ذلك ؛ وإن كان الحظ في ردها ، لم يصح قبوله لهـا ، لأن الولي لايملك التصرف في مال المولى عليه بغير ما له الحظ فيه وحينئذ (فلا) يجوز لولي محجور عليه أن (يقبل) لموليه (من يعتق عليه) برحم وصي له بـه (إن لزمته نفقته) كأبيه وابنه وأخيه وعمه لكون الموصى به فقيراً لا كسب له ، والمولى عليه موسر قادر على الانفاق عليه ؛ لأنه لاحظ له في قبول هذه الوصية ، (وإلا) يكن على المحجور عليه ضرر ؛ لكون الموصى به ذا كسب أو لكون المولى عليه فقيراً لاتلزمه نفقته (وجب) على الولي القبول ، لأن فيه منفعة بلامضرة، وتقدم في الحجر .

(فصل) : في أحكام الرجوع في الوصية وما يحصل به الرجوع وغير ذلك.

(تبطل وصية بقول موص : رجعت في وصيتي أو أبطلتها، أو غيرتها أو فسختها ونحوه) كرددتها ؛ لأنه صريح في الرجوع ؛ لقول عمر : يغير الرجل ماشاء من وصيته ، ولأنها عطية تنجز بالموت ، فجـاز له الرجوع عنها قبل تنجيزها كهبة مايفتقر إلى القبض قبل قبضه ، وتفارق التدبير ، فإنه تعليق على شرط فلم يملك تغييره كتعليقه على صفة في الحياة ، (وان قال) موص (عن موصى به هذا لورثتي)أو هذا في ميراثي؛ فهو رجوع عن الوصية ؛ لأن ذلك ينافي كونه وصية، (أو) قال (ماوصيت به لزيد فلعمرو؛ فهو رجوع) عن الوصية الأولى؛ لمنافاته لها ورجوعه عنه ، وصرفه إلى عمرو ؛ أشبه مالو صرح بالرجوع (وإن وصى) بمعين لإنسان كعبده سالم مثلا، ثم وصى (به لآخر، ولم يقل ذلك) ؛ أي: مـا وصيت به لزيد فلعمرو؛ (فـ)الموصى به (بينهما)؛ أي: الموصى له به أولا والموصى له به ثانياً ؛ لتعلق حق كل واحد منهما على السواء ، فوجب أن يشتركا فيه كما

لو جمع بينهما في الوصية ، أو وصى لزيد مثلاً بثلثه ثم وصى لآخر بثلثه فهو بينهما عند الرد للتزاحم ، وإن أجيز لهما أخذ كل الثلث لتغايرهما ، أو وصي لزيد بجميع ماله ، ثم وصي به لآخر ؛ فهو بينهما ؛ للتزاحم .

(ومن مات منهما) ؛أي:الموصي له بشيء أولا والموصى له به ثانياً (قبل) موت (موصٍ) كان الكل للآخر ، (أو) تأخر موتهما عن موت موصٍ و(رد) احدهما الوصية (بعد موته)؛أي:الموصي وقبل الآخر [(كان الكل)؛ أي : كل الموصى به] (للآخر) الذي قبل الوصية (لأنه اشتراك تزاحم) وقد زال المزاحم ، وعلم من قوله قبل موت الموصي أنه لو مات بعـــده قام وارثه مقامه ؛ وتقدم . وعلم من قوله : رد بعـد موته ، أن رده قبله لا أثر له ، وتقدم .

(وان قتل وصي)؛ أي: موصى له (موصياً)قتلاً مضموناً بقصاص أو دية أو كفارة كما قال ابن نصر الله (ولو)كان القتل (خطأ ، بطلت) الوصية؛ لان القتل يمنع الميراث الذي هو آكد منها؛فالوصية أولى ومعاملة له بنقيض قصده ، ويأتي حكم المدبر إذا قتل سيده في باب الموصى به (لا إن جرحه؛ ثم أوصى له فمات من الجرح) فلا تبطل وصيته ؛ لأنها بعد الجرح صدرت من أهلها في محلها لم يطرأ عليها، بخلاف ما اذا تقدمت فإن القتل طرأ عليها فأبطلها (وكذا فعل مدبر بسيده) فإن جنى على سيده ، ثم دبره ، ومات السيد ، لم يبطل تدبيره ، لما تقدم ؛ بخلاف ما لو دبره ثم جني عليه ، فإنه يبطـــل تدبيره،وتقدم. قال الحارثي: وكذلك العطية المنجزة في المرض إذا وجد القتل من المعطي .

(ويتجه صحة وصية) من شخص (لوارثه بعـــد أن جرحه) الوارث ومات من الجرح (لكونه)؛أي : الجارح (إذن) ؛ أي : حين لزومه الوصية وهو بعد موت الموصي (غير وارث) لأنه جرحه جرحاً أفضى إلى هلاكه فامتنع من الإرث بسببه ؛ والوصية إنما حدثت بعد الجرح ؛ لم يعترها مزيل

لصحتها ، فلزمت بقبوله الصادر منه بعد موت الموصي . وهو متجه .

(ومن أوصى لرجل بعبد و)أوصى (لآخر بثلثه فـ) العبد (بينهما أرباعاً) بقدر وصيتهما ؛ لأنه أوصى للأول بجميعه ، وللثاني بثلثه فكامل العبـــد ثلاثة أثلاث من جنس ما أوصى به ثانياً ،وقد أوصى للثاني بثلث ،فاجتمع معناأربعة فقسم عليها ، فكان للأول ثلاثة أرباعه ، وللثاني ربعه كما يأتي في عمل الوصايا (وان وصى به)؛أي: بالعبد ونحوه(لاثنين فرد أحدهما) وصيته وقبل الآخر فللآخر نصفه) ؛أي: العبد لأنه الموصى له به، (و)إن وصى(لاثنين بثلثي ماله فرد الورثة ذلك) لمجاوزة الثلث (ورد أحد الوصيين وصيته فللآخر الثلث كاملا) لأنه موصى له به ؛ ولا مزاحم له فيه (وان أقر وارث بوصيته) أن مورثه أوصى بها (لو احد ثم) أقر أنه أوصى بها (لآخر بكلام متصل فـ)المقر به من الوصية (بينهما) حيث لابينة لواحد منهما لقيام المقتضي ؛ وان كان منفصلًا فإما ان يكون في مجلسين، فلا يقبل للمتأخر؛ لتضمنه رفع ما ثبت للمتقـــدم باقرراه ، وإن كان في مجلس واحد ، فالمقر به بينهما ؛ لان المجلس الواحد كالحال الواحدة .

(ومن) ادعى ان الميت أوصى له بثلث ماله و(شهد له بينة بالثلث) الذي ادعاه (فأقر وارث) مكلف (ذكر)لاأنثي ولا خنثى (عدل) لافاسق إذ إقرار الفاسق غير معتد به أن مورثه أوصى (به)؛أي الثلث المدعى به(لآخر) ورد الوارث الوصيتين ؛ (ف) الثلث (بينهما) سوية ان حلف المقر له يميناً مع شهادة الوارث ، لان المال يثبت بشاهد ويمين ، (وإلا) يكن الوارث المقر عدلا ،أو كان المقر امرأة أو خنثى (فـ) الثلث (لذي البينة) لثبوت وصيته دون المقر،(وان)فعل موص مايقتضي عدوله عن الوصية ؛ بأن (باع ما أوصى به أو وهبه) فرجوع ؛ لانه إزالة ملك ، وهو ينافي الوصية .

(ولو لم يقبل)المبتاع أو المتهب(فيها)؛أي: في ايجاب البيع والهبة (أو عرضه لهما) ؛ أي : البيع والهبة؛فرجوع (أو رهنه او وصى ببيعه أو) وصى(بعتقه) أي : ما وصى به لانسان من رقيقة بأن قال : أعطوه لزيد، ثم قال: اعتقوه، (أو) وصى(بهبته) فرجوع لدلالته عليه (أو حرمه علية) ؛ أي : الموصى له به ؛ كما لو أوصى لزيد بشيء ،ثم قال : هو حرام عليه فرجوع (أو كاتبه)؛ أي : الموصى به ،(أو دبره) فرجوع لدلالته عليه (أو حرمه عليه) ؛ أي : الموصى له به ، كما لو وصى لزيد بشيء ، ثم قال : هو حرام عليـــه فرجوع (أو كاتبه) ؛ أي : الموصى به (أو دبره) فرجوع (أو خلطه بما لا يتميز) منه كزيت بزيت، أو دقيق بدقيق ونحو ذلك (ولو) كان الموصى به (صبرة) فخلطها (بغيرها ، أو أزال اسمه كطحن حنطة ، وخبز دقيق ، وفت خبز ، ونسج غزل ، وغزل قطن ، وحشوه بفرش ، وتفصيل ثوب ، وضرب نقرة دراهم ، وذبح حيوان) موصى به ، (أو بنى الحجر) أو الآجر الموصى به، (او غرس النوى) الموصى به ، فصار شجراً (أو نجر الخشبة نحو باب) كدولاب أو كرسي ونحوه (أو سمر) نحو باب (بمسامير) موصى بها (أو أعاد داراً انهدمت ، أو جعلها نحو حمام) كخان (فرجوع) لأنه دليل على اختيار الرجوع ، وكذا لو كسر السفينة فصار اسمها خشبا ، أو عمل الثوب قميصاً (لا إن جحد الوصية) فليس رجوعاً ؛ لأنه عقد كسائر العقود ، (أو أجر) موص عينا موصى بها (أو زوج) رقيقا موصى به (أو زرع) أرضاً موصى بها ، فليس رجوعاً،وان غرسها أو بناها ؛ فرجوع ؛ لأنه يراد للدوام، فيشعر بالصرف عن الأول. ذكره الحارثي. (أو وطىء)أمة موصى بها (ولم تحمل) من وطئه فإن حملت ،فرجوع (أو لبس) ثوباً موصى به (أو غسل ثوباً موصى به فليس رجوعاً ، (أو سكن) موص مكاناً (موصى به) فليس رجوعاً، لانه لا يزيل الملك ولا الاسم ولا يمنع التسليم (أو وصى بثلث ما له ، فتلف)

الذي كان يملكه حين الوصية باتلافه أو غيره (أو باعه ثم ملك مالا غيره) فليس رجوعاً ؛ لان الوصية بجزء مشاع من المال الذي يملكه حين الموت ، فلا يؤثر ذلك فيها او انهدمت الدار الموصى بها ، ولم يزل اسمها ، او علم الرقيق الموصى به صنعة ونحو ذلك مما لا يزيل الملك ولا الاسم ولا يمنع التسليم ، (أو) كانت الوصية (بقفيز من صبرة فخلطها) ؛ أي : الصبرة بصبرة أخرى (ولو بخير منها) مما لا يتميز منه ؛ فليس رجوعاً لان القفيز كان مشاعاً وبقي على اشاعته .

(وزيادة موص في دار) بعد وصيته بها (للورثة) لانها لم تدخل في الوصية لعدم وجودها حينها (لا المنهدم) المنفصل من الدار الموصى بها اذا أعاده موص (بعدها) ؛ أي : الوصية (ولو قبل قبول) موصى له ، فليس للورثة ، بل للموصى له بها ؛ لان الانقاض منها ؛ فتدخل في الوصية ، لوجودها حينها .

(وان وصى لزيد) بنحو عبد (ثم قال: إن قدم عمرو فله) ما وصيت به لزيد (فقدم) عمرو (بعد موت موص ف) الموصى به (لزيد) دون عمرو لأن الموصي لما مات قبل قدوم عمرو انقطع حقه من الموصى به ، وانتقل إلى زيد ، لانه لم يوجد اذ ذاك ما يمنعه ؛ فلم يؤثر وجود الشرط بعد ذلك ، كما لو علق انسان طلاقاً ، او عتقاً على شيء فلم يوجد الا بعد موته ، وان قدم عمرو في حياة موص كان له بلا نزاع (وان وصى له)؛ أي : لعمرو مثلا (بثلثه ، وقال) الموصي لعمرو (ان مت قبلي أو رددته فـ) هو (لزيد ، فمات) عمرو قبله) ؛ أي : الموصي (أو رد) الوصية (فعلى ماشرط) الموصي ، فتكون لزيد عملًا بالشرط (كـ) قول موص (أوصيت له) ؛ أي : عمرو مثلًا (بكذا اذا مر شهر بعد موتي أو) قوله أوصيت (لفلانة) الحامل (بكذا اذا وضعت بعد موتي) فيصح التعليق لحديث : «المسلمون على شروطهم » وثبت عن غير واحد من الصحابة تعليقها ؛ لأن الوصية لاتتأثر بالتعليق لوضوح الامر وقلة الغرر فان كانت الصفة لايرتقب وقوعها بعد الموت ؛ ففي التعليق عليها نظر والأولى

عدم جوازه ؛ لما فيه من اضرار الورثة بطول الانتظار لا إلى أمد يعلم (ويخرج وصي) ؛ أي: موصى إليه بإخراج الواجب ؛ فان لم يكن (فوارث) جائز التصرف فان لم يكن او أبى (فحاكم الواجب) على ميت من دين لآدمي او لله تعالى كنذر و كفارة (من رأس المال) متعلق بيخرج ، أي يجب اخراجه (ولو لم يوص به) لقوله تعالى: «من بعد وصية يوصى بها أو دين»[1] (ويجزىء اخراج) الواجب على الميت من (أجنبي) لا ولاية له من ماله كقضاء الدين عن حي بلا إذنه ، وكما لو كان القضاء بإذن حاكم (ولا يضمن) الأجنبي ، بل يرجع بما أخرجه على التركة ان نوى الرجوع ، وإلا فلا[2] .

(ومن الواجب وصية بعتق في كفارة تخيير) وهي كفـــارة اليمين (فان أوصى معه)؛ أي: الواجب (بتبرع) من معين أو مشاع (اعتبر الثلث) الذي تعتبر منه التبرعات (من) المال (الباقي) بعد اداء الواجب ، كأن كانت التركة أربعين والدين عشرة ، ووصى بثلث ماله ؛ دفع الدين أولاً ثم دفع للموصى له عشرة، لانها ثلث الباقي ، وعلم منه تقديم الدين على الوصية ؛ لحديث علي: « أن النبي صلى الله عليه وسلم قضي بالدين قبل الوصية » . خرجه

---

(١) سورة النساء ، الآية : ١١

(٢) أقول : قول المصنف : ويجزىء الخ من زيادته على أصليه . قال في حاشية « الاقناع » على قوله : وإن أخرجــه من ولاية له من ماله أجزأ ؛ اي : تبرع أجنبي باخراج ما وجب عليه من مال نفسه أجزأ ذلك عن الميت ، وأما إن أخرجـــه من مال الميت ، فقال في « الانصاف و « المبدع » : لو صرف أجنبي الموصى به لمعين ، وقيل أو لغيره؛ لم يضمنه . انتهى . وهو مقتضى كلامه الآتي في الكتابة . انتهى . وما كتبه شيخنا من قوله بل الخ غير مراد من كلام المصنف ؛ لأن مراد المصنف كما هو صريح كلامه أن الاجنبي دفع من مال الميت ، وما ذكره شيخنا مذكور في محله في الحج وفي باب الضمان ، فتأمل . انتهى .

الإمام احمد في «المسند» والترمذي وابن ماجة ، ولقوله عليه الصلاة والسلام : «اقضوا الله» فالله أحق بالوفاء». رواه البخاري مختصراً. والحكمة في تقديم ذكر الوصية في الآية قبل الدين أنها لما اشبهت الميراث في كونها بلا عوض ، فكان في اخراجها مشقة على الوارث ، فقدمت حثاً على إخراجها . قال الزمخشري: ولذلك جيء بكلمة: أو ، التي للتسوية؛ أي: فيستويان في الاهتمام وعدم التضييع ، وان كان مقدماً عليها . وقال ابن عطية : الوصية غالباً تكون لضعاف ، فقوى جانبها في التقديم في الذكر ؛ لئلا يطمع ويتساهل فيها ، بخلاف الدين ، وتقدم أن مؤنة التجهيز تقدم مطلقاً .

(فإن وصى بكفارة أيمان فأقله) ؛ أي: الواجب إخراجه كفارة (ثلاثة) أيمان لأنها أقل الجمع .

(وان قال) من عليه واجب ووصى بتبرع (اخرجوا الواجب من ثلثي ، بدىء) بالبناء للمفعول (به) ؛ أي : الواجب من الثلث ، لما تقدم ، فإن فضل شيء بعد الثلث (فما فضل منه) ؛ أي : الثلث (فـ) هو (لصاحب التبرع)؛ لأن الدين تجب البداءة به قبل الميراث والتبرع ، فإذا عينه في الثلث ؛ وحيث البداءة به ، وما فضل للتبرع (وألا) يفضل شيء من الثلث بعد إخراج الواجب منه (بطلت) الوصية بالتبرع كما لو رجع عنها إلا أن تجيز الورثة ، فيعطى ما أوصي له به .

باب حكم الموصى له

وهو الركن الثالث من أركان الوصية (تصح الوصية) من المسلم والكافر (لكل من يصح تمليكه من مسلم) معين كزيد أو لا كالفقراء (و) تصح (لكافر معين)؛ لقوله تعالى: «إلا أن تفعلوا إلى أوليائكم معروفاً»[1] قال محمد بن الحنفية: هو وصية المسلم لليهودي والنصراني، ولأن الهبة تصح لهم فصحت لهم الوصية (ولو) كان الكافر (مرتداً أو حربياً) ولو بدار حرب كالهبة فلا تصح لعامة النصارى أو نحوهم. قال في «المغني» الآية؛ أي: «لا ينهاكم الله عن الذين لم يقاتلوكم في الدين»[2] الى آخرها حجة لنا فيمن لم يقاتل، فأما المقاتل فانما نهي عن توليه لا عن بره، والوصية له. اذا تقرر هذا فتصح الوصية (بغير مصحف وسلاح وقن مسلم) أما بها فلا تصح، لانه لايصح تمليكه ذلك، ولا تصح الوصية لكافر بحد قذف يستوفيه للمسلم المقذوف؛ لأنه لايملك استيفاءه لنفسه فلغيره أولى (وتبطل) وصية بعبد كافر لكافر (باسلامه)؛ أي: العبد الموصى به سواء أسلم قبل موت موص أو بعده (قبل قبوله؛ أي: الموصى له الوصية، لأنه يمنع من تعاطي ملكه (و) تصح الوصية من انسان (لمكاتبه)، لأنه يصح تمليكه (ولمكاتب وارثه) كما تصح لمكاتب أجنبي من موص، لأن المكاتب مع سيده كالأجنبي في المعاملات فكذا في الوصية، وسواء وصي له (بجزء شائع) كثلث ماله وربعه (أو) بشيء (معين) كعبد وثوب، لأن الورثة لايملكون مال المكاتب بموت سيده (و) تصح الوصية (لأم ولده).

---

(١) سورة الاحزاب، الآية: ٦ (٢) سورة الممتحنة، الآية: ٨

لأنها حرة عند لزوم الوصية ؛ فتقبل التمليك (كوصيته ان ثلث قريته وقف عليها مادامت)؛أي : ما دامت حاضنة لولدها منه ، نقله المروذي.

(ويتجه) أنه (يسقط حقها) ؛ أي : أم ولده (لو مات) الولد ؛ لأن قصد الواقف بذلك تربية الولد والقيام بخدمته وحفظه من الضياع ، فإذا مات الولد انقطع ما لوحظ لأجله ، فسقط حقها عملاً بالشرط ، ويصرف مصرف المنقطع على ما تقدم في الوقف . وهو متجه [1]

(وإن شرط) في وصيته (عدم تزويجها) ؛ أي : أم ولده أو زوجته الحرة (ففعلت) ؛أي : وافقت عليه (وأخذت الوصية ، ثم تزوجت ؛ ردت ما أخذت) من الوصية ؛ لبطلان الوصية بفوات شرطها ، وفرق بينه وبين العتق بتعذر رفعه (ولو دفع لزوجته مالاً على أن لا تتزوج بعده) ؛ أي : بعد موته (ثم تزوجت ؛ لزم رده) ؛ أي : المال (لوارث) نصاً نقله أبو الحارث ؛ لفوات الشرط (وكذا لو أعطته) مالاً (على أن لا يتزوج عليها ، فتزوج) رد ما أخذه وجوباً. نقله أبو الحارث .

(وإن وصى بعتق أمته على أن لا تتزوج ، فمات) الموصي (فقالت) الأمة (لا أتزوج عتقت) لوجود الشرط (فإن تزوجت) بعد ذلك (لم يبطل عتقها) قال في « الإنصاف » قولاً واحداً عند الأكثر ؛ لأن العتق لا يمكن رفعه بعد وقوعه .

(و) تصح الوصية (لمدبره) لأنه يصير حراً عند لزوم الوصية ، فيقبل التملك كأم الولد (فإن ضاق ثلثه) ؛ أي : المخلف (عنه) ؛ أي : عن المدبر (وعن وصيته) ؛ أي : الموصى له به (بدىء) بالبناء للمفعول من ثلثه

---

[1] (١) أقول : قال الجراعي : كما لو كبر ؛ لأنها قد زالت حضانتها عنه ، وهومفهوم قوله ما دامت على ولدها ؛ إذ هي بالموت زالت حضانتها له . انتهى . وهو ظاهر لما قرره شيخنا ، فتأمل . انتهى .

(بعتقه) فيقدم عتقه على الوصية له ؛ لأنــــه أنفع له منهـا ، وبطل ما عجز عن الثلث .

(و) تصح الوصية (لقنه) ذكراً كان أو أنثى غير مكاتبه ورقيقه وأم ولده (بمشاع)من ماله (كثلثه) ؛ أي : ماله ؛ لأنه ثلث المال أو بعضه ؛ فالوصية تنحصر فيه اعتباراً للعتق ، فإنه يعتق بملك نفسه ، واذا وصي له بالربع وقيمته مائة ، وللموصي سوى القن ثمانمائة ؛ عتق وأخذ مائة وخمسة وعشرين ؛ لأن مجموع المـال تسعمائة وربعها مائتان وخمسة وعشرون ؛ عتق منها العبد بمائة ، يبقى له ما ذكر فيأخذه ، وإن كانت الوصية بالربع وله سواه ثلاثمائة ؛ عتق فقط . وإن كان له سواه مائتان ؛ عتق منه ثلاثة أرباعه ، وهكذا . والحاصل ان كانت الوصية وفقَ قيمتـــه عتق ، أو أزيد فالزيادة له ، أو نقص فيعتق بقدره منه .

(و) تصح الوصية لقنه (بنفسه ورقبته)؛ أي : القن بأن يقول: أوصيت لك بنفسك أو رقبتك ؛ كما لو وصى بعتقه (ويعتق) كله (بقبوله ان خرج) كله (من ثلثه) لأن القن يدخل في الجزء المشاع ، فيملك الجزء الموصى به من نفسه بقبوله ، فيعتق منه بقدره ؛ لتعذر ملكه لنفسه ، ثم يسري العتق لبقيته إن حمله الثلث ؛ كما لو أعتق بعض عبده. وعلم منه أنه إن لم يقبل لم يعتق ؛ لاقتضاء الصيغة القبول،كما لو قال : وهبت منك نفسك، أو ملكتك نفسك ؛ فإنه يحتاج الى القبول في المجلس (وإلا) يخرج كله من ثلثه بل بعضه ؛ (فـ) إنه يعتق منه (بقدره) ؛ أي : الثلث إن لم يجز الورثة عتق باقيــــه . فلو كانت الوصية لقنه بثلث المال وقيمته مائة وله سواه خمسون ؛ عتق نصفه .

(ويتجه) صحة الوصية لقن غير أهل للقبول لصغره أو جنونه (وينتظر تكليف) الصغير وافاقة المجنون ليقبل أو يرد ؛ اذ لا يعتد بقبول (غير مكلف) ولا رده ، والوصية يفتقر لزومهـــا الى قبول من جائز التصرف وقت موت

الموصي. وقد يقال: للحاكم قبول ذلك بالولاية العامة ، ويعتق بشرطه من غير انتظار ؛ لأن مدة الانتظار قد تطول ، ولم أره مسطوراً[1] (وإن كانت) الوصية (بثلثه ، وفضل) منه (شيء) بعد عتقه (أخذه) فلو وصى له بالثلث وقيمته مائة وله سواه خمسمائة ؛ عتق وأخذ مائة ؛ لأنها تمام الثلث الموصى به .

و (لا) تصح الوصية لقنه (بمعين) لا يدخل هو فيه (كثوب) وفرس ودار ، وقن غيره ومائة من ماله ؛ لأنه لم يدخل منه شيء فيما وصى له به ، فلا يعتق منه شيء ، واذا لم يعتق منه شيء ؛ آل الى الورثة ، وكان ما وصى به لهم ، فكأن الميت وصى لورثته بما يرثونه ؛ فتلغوا الوصية ؛ لعدم فائدتها .

(ولا)تصح الوصية (لقن غيره)لأنه لا يملك؛أشبه ما لو وصى لحجر. هذا معنى كلامه في «التنقيح »(مطلقاً) سواء قلنا يملك أو لا (خلافاً له) ؛أي: لصاحب «الإقناع» فإنه قال: وتصح الوصية لعبد غيره، ولو قلنا: لا يملك. انتهى . وفي «المقنع »: وتصح لعبد غيره. قال في «الإنصاف»: هذا المذهب، وعليه الاصحاب. انتهى. وصرح بالصحة ابن الزاغوني في «الواضح»، وهو ظاهر كلام كثير من الاصحاب، وهو مقتضى ما نقله الحارثي عن الاصحاب من أن الوصية للسيد ؛ لأنها من اكساب العبد، واكسابه [لسيده]، وسواء استمر في رق الموجود حين الوصية أو انتقل الى آخر ، وما قاله صاحب

---

[1] (١) أقول : ذكر الاتجاه الجراعي ، وأقره ، ولم أر من صرح به ، وهو مقتضى كلامهم ، وما قرره شيخنا من قوله وقد النخ قد يقال :الاولى أن يكون في صورة ما إذا كان غير بالغ أن يقبل باذن الوارث؛لأنه أوفق بالقواعد ، فان لم يكن أو أبى فالحاكم ؛ فتأمل . ثم رأيت قول الخلوتي على قول« الاقناع » عتق بقبوله ، أي : إن أمكن قبوله، وإلا فبقبول الورثة ، فان امتنعوا من القبول ؛ قبل له الحاكم ، ولا ينتظر تكليفه ، هذا ما استظهره شيخنا . انتهى .

«الإقناع» ظاهر لا غبار عليه كالهبة ، ولم يحك الحارثي فيه خلافاً مع سعة أطلاعه ، وصرح به في «المبدع» و كذا الشارح لم يحك فيه خلافا ، وأي فرق بين الوصية والهبة : ويعتبر قبول العبد للوصية ؛ لما تقدم ، فإذا قبل ولو بغير إذن سيده ؛ فهي لسيده وقت القبول ككسبه لمباح لا يفتقر الى إذن ، وإن قبل سيده دونه ؛ لم يصح قبوله ؛ لأن الخطاب لم يجر مع السيد ، فلا جواب له ، وإن كان العبد الموصى له حراً وقت موت الموصي أو بعده قبل القبول، ثم قبل ؛ فهي له دون سيده ؛ لأن العتيق [هو المقصود بالوصية] .

تنبيه : وصيته لعبد وارثه كوصيته لوارثه ، فتقف على إجازة باقي الورثة ، ووصيته لعبد قاتل كوصيته لقاتله ؛ لما تقدم من أن الوصية إذا قبلها لسيده .

(ولا) تصح الوصية (لحمل) مشكوك في وجوده حينها (إلا اذا علم وجوده حينها) ؛ أي : الوصية ؛ لأنها تمليك ؛ فلا تصح لمعدوم (بأن تضعه) الأم (حياً لأقل من ستة أشهر) من حين الوصية (فراشاً كانت) لزوج أو سيد (أو بائناً) لأن أقل مدة الحمل ستة أشهر كما يأتي ، فإذا وضعته لأقل منها ، وعاش لزم أن يكون موجوداً حينها ، (أو) تضعه (لاقل من أربع سنين ان لم تكن فراشاً أو كانت) لزوج أو سيد (إلا أنه لا يطؤها لمرض) يمنع الوطء (أو أسر أو حبس أو بعد) عن بلدها (أو علم الورثة أنه لم يطأها ، أو أقروا بذلك) للحاقه بأبيه ، والوجود لازم له ، فوجب ترتب الاستحقاق ، ووطء الشبهة نادر ، وتقدير الزنا إساءة ظن بمسلم، والأصل عدمها ، فإن وضعته لأكثر من أربع سنين لم يستحق ؛ لاستحالة الوجود حين الوصية .

تنبيه : قوله أو أقروا صوابه بالواو ؛ لأن علمهم مع عدم إقرارهم به لا وصول الى الاطلاع عليه (وكذا لو وصى به) ؛أي : الحمل من أمة أو فرس

ونحوها ؛ فلا تصح الوصية إلا اذا علم وجوده حين الوصية على ما تقدم، والظاهر يرجع به الى أهل الخبرة . قاله شيخنا .

(ويثبت الملك له) ؛ أي : الحمل (من حين قبول الولي) الوصيــة (له) ؛ أي : للحمل الواقع قبوله بعد موت الموصي (ويتجــه باحتمال) قوي أن الملك يثبت للحمل (بعد خروجه) حياً . صرح به الحارثي ، خلافاً لابن عقيل في أحد قوليه ؛ إذ الوصية له ، تعليق على خروجه حياً ، والوصية قابلة للتعليق ، بخلاف الهبة . قاله القاضي ، فمقتضاه أن الملك إنما يثبت بعد الولادة . قال الحارثي : وقبول الولي يعتبر بعد الولادة ، لا قبل ؛ لأن أهلية الملك إنما تثبت حينئذ ، واذا انفصل الحمل ميتاً بطلت الوصية ؛ لانتفاء أهلية الملك ، ولا فرق بين موته بجناية جان وغيرها ؛ لانتفاء إرثه ، وهو متجه [1] .

(وإن وصى لحمل امرأة من زوج) بها (أو سيد) ها (صحت) الوصية (له إن لحق بها) ؛ أي : بالزوج أو السيد (لا إن نفي) الحمل (بلعان أو دعوى استبراء) فلا تصح الوصية ؛ لعدم شرطه المشروط في الوصية ، (و) لو وصى (لحمل امرأة) بوصية (فولدت ذكراً ، وأنثى ، تساويا فيها) ؛ أي : الوصية ؛ لأن ذلك عطية وهبة ؛ أشبه ما لو وهبها شيئاً بعد الولادة ، ومحل ذلك (إن لم يفاضل) الموصي بينهما ، فإن فاضل بينهما بأن جعل لأحدهما أكثر من الآخر فعلى ما قال كالوقف ، وإن ولدت أحدهما منفرداً فله وصيته ؛ لتحقق المقتضى (فإن) قال موص لحمل امرأة : إن (كان في بطنك ذكر فله كذا) ؛ أي : ثلاثون درهماً مثلا (وإن كان) في بطنك (أنثى فـ) لها (كذا) ؛ أي : عشرون درهماً مثلاً (فكانا) ؛ أي : تبين أنه كان في بطنها ذكر وأنثى بولادتها لها (فلهما) ؛ أي : لكل واحد منهما (ما شرط) له ؛ لأن الشرط وجد فيها (ولو كان قال)

---

(١) أقول : ذكره الجراعي ، وفصل في ذلك في شرح « الاقنــاع » ، فارجع اليه . انتهى .

لها (إن كان ما في بطنك) أو حملت ذكراً فله كذا ، وإن كان (أنثى) فلها كذا فكانا ؛ (فلا) شيء لهما ؛ لأن أحدهما بعض ما في بطنها أو حملها، لا كله ، (و) إن كان حمل المقول لها : إن كان ما في بطنك ذكراً فله كذا وإن كان أنثى فكذا فظهر أنه (خنثى) فهو (كأنثى) في الحكم . قال في « الكافي » : فيعطى ما للأنثى ، ويوقف الزائد حتى يتبين أمره ، وتتبين ذكوريته ، فيأخذ الزائد، وإن ولدت ذكرين أو أنثيين فللذكرين ما للذكر ،وللأنثيين ما للأنثى؛ إذ لا مزية لأحدهما على الآخر .

تتمة : وإن وصى لمن تحمل هذه المرأة لم تصح ؛ لأن وصيته لمعدوم وكذا المجهول لا تصح الوصية له، كأن يوصي بثلثه لأحد هذين الرجلين أو المسجدين ، أو قال : أوصيت بكذا لجاري فلان أو قرابتي فلان باسم مشترك؛ لأن تعيين الموصى له شرط ، فإذا قال: لأحد هذين فقد أبهم الموصى له ،وكذا الجار والقريب ؛ لوقوعه على كل من المسميين ما لم تكن قرينة تدل على أنه أراد معيناً من الجار والقريب فيعطى من دلت القرينة على إرادته ، فإن قال : أعطوا ثلثي أحدهما صح، كما لو قال أعتقوا أحد عبديَّ ، وللورثة الخيرة فيمن يعطوه الثلث من الاثنين ، والفرق بين هذه والتي قبلها أن قوله : أعطوا ثلثي أحدهما أمر بالتمليك ، فصح جعله الى اختيار الورثة، كما لو قال لوكيله : بع سلعتي من أحد هذين ، بخلاف قوله : وصيت ونحوه ؛ فإنه ملك معلق بالموت فلم يصح لمبهم (وطفل من لم يميز) قال في البدر المنير: الطفل: الولد الصغير من الإنسان والدواب ، قال بعضهم : ويبقى هذا الاسم للولد حتى يميز ، ثم لا يقال له بعد ذلك طفل بل صبي وحزوَّر[1] ويافع وغلام ومراهق (وصبي وغلام) قال القاضي عياض : اسم الغلام يقع على الصبي من حين يولد في جميع حالاته الى أن يبلغ انتهى . (ويافع من لم يبلغ) قال في شرح «المنتهى» : يعني أن هذه الالفاظ

---

(١) الحزور : الغلام إذا اشتد وقوي ، جمعه : حزاورة .

تطلق على الولد من حين ولادته الى حين بلوغه ، بخلاف الطفل فإنه يطلق عليه الى حين تمييزه فقط ؛ فهذه الاسماء أعمّ من لفظ الطفل. قال في « فتح الباري » في حديث : «علموا الصبي الصلاة ابن سبع» . يؤخذ من اطلاق الصبي على ابن سبع الرد على من زعم أنه لا يسمى صبياً الا اذا كان رضيعاً ، ثم يقال له غلام الى أن يصير ابن تسع سنين ، ثم يصير يافعاً الى عشر ، ويوافق الحديث قول الجوهري الصبي الغلام . انتهى .(وكذا يتيم) ؛ أي : من لم يبلغ يعني ولا أب له وفي غير الناس من أم له ، فإن مات الأبوان فالصغير لطيم ، فإن ماتت أمه فالصغير عجي ، قاله الحجاوي في حاشية «التنقيح» (ولا يشمل) اليتيم (ولد زنا) ولا منفياً بلعان ؛ لأن اليتيم من فقد أباه بعد أن كان ، وهذا لم يكن له أب (ومراهق من قارب البلوغ) . قال في القاموس : راهق الغلام قارب الحلم (وشاب وفتى من بلوغ لثلاثين) سنة (وكهل منها) ؛أي : الثلاثين (لخمسين) سنة . قال في القاموس: الكهل من وخطه الشيب ورئيت له بجالة، أو من جاوز الثلاثين أو أربعاً وثلاثين الى إحدى وخمسين انتهى. والبجالة مصدر بجل كعظم (وشيخ منها) ؛أي : الخمسين (لسبعين) سنة (ثم) من جاوز ذلك (هرم) الى آخر عمره ، فمن وصى بشيء لهرمى بني فلان ، لم يتناول من سنه دون السبعين، وهكذا الحكم فيمن أوصى بشبانهم أو كهولهم أو شيوخهم ؛ فإن الوصية لا تتناول من هو دون ذلك ولا من هو أعلى .

(وتصح) الوصية (لصنف) منها (من أصناف الزكاة) كالفقراء والغزاة (و) تصح (لجميعها) ؛ أي : أصناف الزكاة ؛ لأنهم يملكون (ويعطى كل واحد) منهم (قدر ما يعطى من زكاة) حملاً للمطلق من كلام الآدمي على المعهود الشرعي . قال في «المغني» : وينبغي أن يعطى كل صنف حيث أوصى لجميعهم ثمن الوصية كما لو وصي لثمان قبائل (ويكفي من كل صنف) شخص (واحد) لتعذر الاستيعاب، بخلاف الوصية لثلاثة عينوا ، حيث تجب التسويه لإضافة

الاستحقاق الى أعيانهم (وندب تعميم من أمكن) منهم والدفع على قدر الحاجة وتقديم أقارب الموصي ؛ لما فيه من الصلة ، ولا يعطى إلا المستحق من أهل بلدة الموصي كالزكاة ، فإن لم يكن بالبلد فقير تقيد بالأقرب اليه ، ولا تجب التسوية بينهم فيجوز التفضيل ؛ كما لا يجب التعميم ، وإن وصى لفقراء دخل فيه المساكين ، وكذا بالعكس .

(و) تصح الوصية (لكتب قرآن و) كتب (علم) نافع ؛ لانه مطلوب شرعاً ، فصح الصرف فيه كالصدقة (و) تصح الوصية (لمسجد) كما لو وقف عليه (ويصرف في مصلحته) لانه العرف ، ويبدأ الناظر بالأهم والأصلح باجتهاد، وكذا الوصية لقنطرة وسقاية ونحوها؛ لانها قربة (و) تصح الوصية (بمصحف ليقرأ فيه) لانها قربة ويوضع بجامع أو موضع حريز ليحفظه (و) تصح الوصية (لفرس حبيس) ، لأنه جهة قربة (ويتجه ونحوه) كبعير ورباط و (ينفق) الموصى به للفرس الحبيس ونحوه (عليه) لانه من أنواع البر (فإن مات) الفرس الحبيس والبعير (ويتجه أو خرب) الرباط وهما متجهان [1] (رد موصى به) إن لم يكن أنفق منه شيء (أو) رد (باقيه للورثة) لبطلان محل الوصية كما لو وصى لإنسان بشيء ، فرده ، ولا يصرف في فرس حبيس آخر نصاً ، وإن شرد الفرس الموصى له أو سرق أو غصب؛ انتظر عوده؛ لانه ممكن ، وإن أيس من عوده رد الموصى به الى الورثة ، إذ لا مصرف له. وتصح الوصية لفرس زيد — ولو لم يقبل الموصي به زيد — ويصرف الموصى به للفرس في علفه رعاية لقصد الموصي ، فإن مات الفرس قبل إنفاق الكل عليه فالباقي لورثة الموصي ، لا لمالك الفرس؛ لانها إنما تكون له على صفة وهي الصرف في مصلحة دابته؛ رعاية لقصد الموصي. قال الحارثي : بحيث يتولى الوصي أو الحاكم الإنفاق ، لا المالك (كوصيته

---

(١) أقول : ذكرهما الجراعي ، وأقرهما ، ولم أر من صرح بهما ، وهما ظاهران يؤخذان من كلامهم ، وتعليلهم ، فتأمل . انتهى .

عتق عبد زيد ، فتعذر) ذلك بأن مات العبد ؛ فقيمته الورثة (أو) وصيته (بشراء عبد بألف أو) بشراء (عبد زيد بهـــا) ؛ أي : الالف (ليعتق عنه ، فاشتروه) ؛ أي : الورثة بدون الالف ، (أو) اشتروا (عبداً يساويها)؛ أي : الالف (بدونها) فإن الفاضل يكون للورثة ؛ لانه لا مستحق له غيرهم (ولو أراد) الموصي بوصيته (تمليك مسجد أو فرس ؛ لم تصح الوصية) لاستحالة تمليكه . قاله في «المبدع» : (و) ان قال موص (إن مت فبيتي للمسجد ، أو) قال : إن مت (فأعطوه) ؛ أي : المسجد (مائة) درهم مثلًا (من مالي توجه صحته) ؛ أي : صحة ما أوصى به ، ويصير البيت بمجرد موت الموصي وقفاً على المسجد إن خرج من الثلث ، والا فبقدره عند عدم الإجازة ، ويجعل الخارج من الثلث من الدراهم في مصالح المسجد .

(فصل : ومن وصى في أبواب البر) بكسر الباء الطاعة والخير والإحسان إلى الناس (صرف في القرب) كلها ؛ لعموم اللفظ وعدم المخصص . والقرب جمع قربة ، وهي كل ما يتقرب به الى الله تعالى (ويبدأ) منها (بالغزو ندبا) نص عليه في رواية حرب . ونقل المروذي عن أحمد فيمن أوصى بثلثه في أبواب البر يجزأ ثلاثة أجزاء : جزء في الجهاد، وجزء يتصدق به في قرابته ، وجزء في الحج. وهذا ـ والله أعلم ـ ليس على سبيل اللزوم والتحديد ، بل يجوز صرفه في جهات البر كلها ؛ لأن اللفظ للعموم ، فيجب حمله على عمومه ، ولا يجوز تخصيص العموم بغير دليل ، وربما كان غير هذه الجهات أحوج من بعضهـــا وأحق، وقد تدعو الحاجة إلى تكفين ميت وإصلاح طريق وفك أسير وإعتاق رقبــة وقضاء دين وإغاثة ملهوف أكثر من دعائها الى حج من لم يجب عليه الحج ، فتكليف وجوب ما لم يكن عليه واجباً وتعباً كان الله قد أراحه منه من غير مصلحـة تعود على أحد من خلق الله تعالى ، وتقديم هذا على ما مصلحته ظاهرة والحاجه إليه داعية بغير دليل، تحكم لا معنى له، (و)إن قال الموصي لمن جعل له صرف ثلثه (ضع

ثاني حيث أراك الله) أو حيث يريك الله(فله صرفه في أي جهة من جهات القرب) رأى وضعه فيه ؛ عملا بمقتضى وصيته (والأفضل صرفه لفقراء أقاربه) ؛ أي : الموصي غير الوارثين ؛ لأنها فيهم صدقة وصلة ، فإن لم يكن للموصي أقارب من النسب (ف)إلى (محارمه من الرضاع) كأبيه وأخيه وعمه ونحوهم من رضاع ، فإن لم يجد له محارم من الرضاع (ف)إلى (جيرانه)الأقرب فالأقرب ،ولا يجب ذلك ؛ لأنه جعـــل ذلك إلى ما يراه ، فلا يجوز تقييده بالتحكم ، ولو وصى بفكاك الأسرى أو وقف مالاً على فكاكهم ؛ صرف من يد الوصي أو وكيله ، وله أن يقترض عليه ، ويوفيه منه ؛ وكذلك في سائر الجهات. ومن افتك أسيراً غير متبرع جاز صرف المال إليه ، وكذلك لو اقترض غير الوصي مالاً فك به أسيراً جازت توفيته منه . وما احتاج إليه الوصي في افتكاكهم من أجرة ؛ صرف من المال . ولو تبرع بعض أهل الثغر بفدائه ، واحتاج الأسير الى نفقة الإياب ؛ صرف من مال الأسرى ، وكذا لو اشترى من المال الموقوف على افتكاكهم أنفق عليه منه إلى بلوغ محله . قاله في « الاختيارات » .

(وإن وصى) من لا حج عليه (أن يحج عنه بألف ؛ صرف) الألف (من الثلث ان كان) الحج (تطوعا في حجة بعد أخرى) لمن يحج (راكبا) كان الحاج عن الموصي (أو راجلاً ؛ يدفع لكل) من الراكب والراجل (قدر ما يحج به) فقط ، فلا يدفع إليه أكثر من نفقة المثل ؛ لأنه أطلق التصرف في المعاوضات ، فاقتضى ذلك عوض المثل كالتوكيل في البيع والشراء (حتى ينفذ) الألف ، لأنه وصى بجميعه في جهة قربة ، فوجب صرفه فيها ، كما لو وصى في سبيل الله (فلو لم يكف الألف) أن يحج به من بلد موص(أو) صرف منه في حجة بعد أخرى وبقي بقية ، ولم تكف (البقية) للحج (حج به) ؛أي: الباقي (من حيث يبلغ) نصاً ؛ لأن الموصي قد عين صرف ذلك في الحج ، فيصرف فيه بقدر الإمكان (ولا يصح حج وصي بإخراجها) ؛ أي ؛ اخراج نفقة الحج .

نص عليه، قال : لأنه منفذ،فهو كقوله: تصدق به، لا يأخذه .انتهى . قال ابن رجب :وهذا تصريح بأن مأخذ المنع عدم تناول اللفظ له .

(ولا) يصح أيضاً (حج وارث) به ؛ لأن ظاهر كلام الموصي جعله لغيره ، فإن عين الموصي أن يحج عنه الوارث ؛ جاز ، ويجزىء أن يحج عمن أوصى بالحج ، ولا حج عليه من الميقات حملا على أدنى الحالات ، والأصل عدم وجوب الزائد ، ولأن اللفظ إنما تناول الحج ،وفعله انما هو من الميقات،وقطع ما قبله من المسافة ليس منه (وإن قال) يحج عني (حجة بألف دفع الكل لمن يحج) به عنه حجة واحدة ؛ عملا بمقتضى وصيته وتنفيذاً لها (فإن عينه) الموصي بأن قال : يحج عني زيد حجة بألف فهو وصية له: أن حج ، وله أخذه قبل التوجه؛ لأنه مأذون في التجهيز به ، ومن ضرورته الأخذ قبله، لكن لا يملكه بالأخذ؛ لأن المال جعل له على صفة ، فلا يملك بدون تلك الصفة ، ولا يعطى المال إلا أيام الحج احتياطاً للمال ، ولأنه معونة في الحج ؛ فليس مأذوناً فيه قبل وقته (ف)إن (أبى) زيد (الحج) ، وقال: اصرفوا لي الفضل لم يعطه ، و (بطلت) الوصية في حقه) ؛ أي : بطل تعيينه ؛ لأنها وصية فيها حق للحج وحق للموصى له، فإذا رد بطل في حقه دون غيره ؛ كقوله : بيعوا عبدي لفلان ، وتصدقوا بثمنه ، فلم يقبله . وكذا لو لم يقدر الموصى له بفرس في السبيل على الخروج. نقله أبو طالب (ويحج عنه) ثقة سوى المعين الراد (بأقل ما يمكن) من النفقة لمثله ، وحينئذ فالنائب أمين فيما أعطيه ليحج منه ، (والبقية) بعد نفقة مثله (للورثة) ؛ لانه لا مصرف لها ؛ لبطلان محل الوصية بامتناع المعين من الحج ؛ كما لو وصى به لإنسان ، فرد الوصية (في) حج (فرض ونفل) وللنائب تأخير الحج لعذر كمرض ونحوه (وإن لم يمتنع) المعين من الحج (أعطي الالف) ؛ لانه موصى له بالزيادة بشرط حجه ، وقد بذل نفسه للحج ، فوجب تنفيذ الوصية على ما قال موص (وحسب الفاضل) من الالف (عن نفقة مثل)

اتلك الحجة (في فرض) من الثلث ؛ لانه هو القدر المتبرع به ، وتكون نفقة المثل من رأس المال ؛ لانها من الواجبات(و)حسب (الالف) جميعه إن كانت الوصية (في) حج (نفل من الثلث) ؛ لانها تطوع بألف بشرط الحج عنه ، وإن قال: حجوا عني حجة،ولم يذكر قدراً من المال ؛ دفع إلى من يحج قدر نفقة المثل فقط ؛لان الإطلاق لا يقتضي الزيادة عليها (ولو وصى بثلاث حجج إلى ثلاثة ، صح صرفها) إلى ثلاثة (في عام واحد) لإطلاق الوصية وإمكان الفعل . قال القاضي وابن عقيل : وكان أولى من التأخير،وان كان على الموصي فرض،فيحرم النائب بالفرض أولاً ؛لتقدمه فإن أحرم بغيره قبله وقع عن الفرض وتقدم في الحج ، وكذا ان وصى بثلاث حجج ولم يقل إلى ثلاثة ، وكذا لو قال : حجوا عني بألف وأمكن أن يستناب به جماعة في عام ، ويكون معنى قولهم : صرف في حجة بعد أخرى ـ أي: بعد الصرف فيحجة أخرى ـ كما يميل إليه كلام الحارثي ، وإنما لم يحصل بالمباشرة الا بحجة واحدة ؛ لانه لا يتسع لاكثر ولا يستلزم ذلك أن لا يحصل بالنائب أكثر ؛لان النائب إذا تعدد أمكن الاتساع ، فأمكن تعدد الوقوع (وتلف مال بطريق على موص)غير مضمون على النائب ؛ لأنه مؤتمن بالإذن في إثبات يده أشبه المودع والتصرف بالإنفاق لا يوجب ضمانا، ولا يزيد ائتماناً ؛ لأنه مأذون فيه كما في إنفاق المضارب بالإذن (وليس على نائب) تلفت النفقة بغير تفريط (إتمام حج) ولا يضمن ما كان أنفق ؛ لوجود الاذن ، وكذا لو مات أو أحصر أو مرض أو ضل الطريق ؛ للاذن فيه . وان رجع خشية أن يمرض وجب الضمان ؛لانه صحيح ،والعذر موهوم ، وللمعذور بمن ذكر نفقة الرجوع ، وان مضى من ضاعت منه النفقة، فما أنفق من ماله أو مال استدانه ؛ رجع به على التركة إذا عاد إن كان واجباً ، وان مضى هذا الضائع منه النفقة للحج عن آخر بنفقة يأخذها ، جاز ؛ لانقطاع علاقته عن الأول بنفاد نفقته، ولانتفاء اللزوم، وعلى الموصي استنابة

ثقة ؛ لان في الحج أمانة ؛ فإن ما تتوقف الصحة عليه النيه ، ولا تعلم إلا من جهته ، فمالم يكن ثقة لا يبرأ به عن العهدة (ووصية بصدقة)بال(أفضل من وصيته بحج تطوع) لما تقدم في صلاة التطوع أن صدقة التطوع أفضل من حجة (ولو وصى بعتق نسمة بألف ، فأعتقوا)؛أي: الورثة (نسمة بخمسمائة ؛ لزمهم عتق نسمة (أخرى بخمسمائة) حيث احتمل الثلث الألف استدراكاً لباقي الواجب (وإن قال) الموصي : اعتقوا (أربعة) أعبد (بكذا) كخمسمائة (جاز الفضل بينهم) بأن يشترى واحد بمائة وآخر بمائتين وعشرين وآخر بثمانين؛ لأن لفظه يحتمل ذلك (مالم يسم لكل) من الأربعة (ثمناً معلوماً) فيتعين على ماقال (ولو وصى بعتق عبد زيد ووصية له) بأن قال: يشترى عبد زيد ويعتق ويعطى مائة (فأعتقه سيده ؛ أخذ العبد الوصية) بالمائة ؛ لأن الموصي قد أوصى بوصيتين عتقه وإعطائه المائة ، فإذا فات عتقه لسبق سيده به بقيت الأخرى (و)لو وصى (بعتق عبد) من عبيده (بألف) نفذ ذلك لمن خرج الألف من الثلث ، أو (اشتري) عبد (بثلثه) ؛ أي : ثلث المال (إن لم يخرج) الألف من الثلث ، ولم تجز الورثة (ولو وصى بشراء فرس) له(للغزو بمعين) كألف (و)وصى (بمائة نفقة) للفرس (فاشترى) الفرس (بأقل منه) ؛ أي: الألف والحال أن الثلث يحتمل الألف والمائة (فباقيه) ؛ أي : الألف (نفقة) للفرس نص عليه ، (لا إرث) ؛ لأنه أخرج الألف والمائة في وجه واحد وهو الفرس فيها ، فهما مال واحد ، بعضه للثمن ، وبعضه للنفقة عليه ، وتقدير الثمن لتحصيل صفة ، فإذا حصلت فقد حصل الغرض ، فيخرج الثمن من المال وتبقى بقيته للنفقة ، بخلاف ما لو وصى بعتق عبد بألف ، فاشتروا ما يساويه بثمانمائة فالباقي للورثة ، فإنه لا مصرف له ، بخلاف مسألتنا .

• (وإن وصى لاهل سكته)(فا) لموصى به (لأهل زقاقه) بضم الزاي ـ أي : زقاق الموصي ـ والجمع أزقة . قال الأخفش والفراء : أهل الحجاز

يؤنثون الزقاق والطريق والسبيل والصراط والسوق ، وتميم تذكر . قال الحارثي : والوصية لأهل خطه ـ بكسر الخاء ـ وكثير من أهل العرف يقوله بالضم ، يستحقها أهل دربه وما قاربه من الشارع الذي يكون به ؛ لأنه العرف والدرب في الأصل باب السكة الواسع ، قاله في القاموس وأصل السكة الطريق المصطفة من النخل وسمي الدرب سكة لاصطفاف البيوت به ، فإذا أوصى لاهل سكته أعطي لاهل دربه لذلك ؛ وقد كانت الدروب بمدينة السلام تسمى سككا ، وإنما يستحق الموصى به من أهل الدرب من كان ساكناً فيه (حال الوصية) نصاً ؛ لأنه قد يلحق أعيان سكانها الموجودين لحصرهم .

تتمة : لو وصى بما في كيس معين لم يتناول المتجدد فيه بعد الوصية . ولو وصى لاهل العلم ، فلمن اتصف به ، أو لأهل القرآن فللحفظة . ذكره الحجاوي في الحاشية .

(و) لو وصى (لجيرانه تناول أربعين داراً من كل جانب) نصاً ؛ لقوله عليه الصلاة والسلام : « الجار أربعون داراً هكذا وهكذا وهكذا وهكذا » رواه أحمد . والوصية لاهل حارته (وتقسم) الوصية (على عدد الدور ، ثم تقسم حصته كل دار على سكانها) لان مطلق الإضافة يقتضي التسوية (وجيران المسجد من يسمع النداء) لحديث ؛ « لا صلاة لجار المسجد إلا في المسجد » . رواه الدار قطني عن جابر وأبي هريرة مع قوله عليه الصلاة والسلام للأعمى لما سأله أن يرخص له في الصلاة في بيته : « هل تسمع النداء ؟ قال نعم . قال فأجب » . رواه مسلم .

(و) إن وصى (لاقرب الناس اليه) (أو) وصى (لاقرب قرابته أو) وصى (لاقربهم رحما) لا يدفع إلى الابعد مع وجود الأقرب ، فلو مات موص لأحد من ذكر (وله) ؛ أي : الموصي (أب وابن) فهما سواء ؛ لان كل واحد منهما يدلي بنفسه من غير واسطة ، (أو) كان له (جد وأخ) لغير أم (فهما سواء)

حيث لم يرثا لمانع ، أو أجيز ؛ لان الجد والاخ يدليـان بالاب (وأخ من أب وأخ من أم لو دخـل) الاخ لأم (في القرابة سواء) لاستوائهما في القرب ، والمذهب : لا يدخل ولد الام في القرابة، ويأتي استدراك المصنف (وكذا جده لأبيه وجده لامه) في القرابـة سواء ؛ لاستوائهما في القرب (ولكن لا يدخل في القرابة من هو من جهة الام) كالاخ لام والجد لها والخال والخالة (وولد الابوين أحق منهما) ؛ أي : من الاخ لاب فقط والاخ لام فقط ؛ لان من له قرابتان أقرب ممن له قرابة واحدة (والذكور والإناث فيهما) سواء ؛ أي : القرابة، فالابن والبنت والاخ والاخت سواء، والاب أولى من ابن الابن ومن الجد ومن الإخوة ؛ لان من يدلي بلا واسطة أقرب ممن يدلي بواسطة ، وكل من قدم على غيره قدم ولده، فيقدم ابن أخ لابوين على ابن أخ لأب، إلا الجد فإنه يقدم على بني أخوة الموصي مع أنه يستوي مع آبائهم ، وإلا أخاه لابيه ؛ فإنه يقدم على ابن أخيه لابويه كما في الإرث ، مع أن الاخ لابوين مقدم على الاخ لاب كما تقدم .

تنبيه : لو وصى لقرابته أو أهل بيته أو جيرانه أو أهل محلتـه ونحوه لم يدخل من وجد بين الوصية والموت كمن وجد بعد الموت .

فائدة : لو وصى أن يصلى عليه بدراهم، لم تنفذ وصيته، وصرفت الدراهم في الصدقة ، ويختص بها أهل الصلاة، ولو وصى أن يشترى مكان معين، فيوقف على جهة بر ، فلم يبـع ذلك المكان ؛ اشتري مكان آخر ووقف عليها ، وقد ذكر العلماء فيما إذا قال : بيعوا غلامي من زيد ، وتصدقوا بثمنه ، فامتنع زيد من شرائه ؛ فإنه يباع من غيره ، ويتصدق بثمنه . ولو وصى بمـال ينفق على وجه مكروه، صرف في القرب . قاله في الاختيارات .

(فصل : ولا تصح) الوصية (لنحو كنيسة) كدير وبيعـة (أو بيت نار) أو صومعة أو مكان من أماكن الكفر، سواء كانت الوصية ببنائها أو

إصلاحها وغير ذلك كشراء حصرها وشعل قناديلها وخدمتها ولو من ذمي؛ لأن ذلك إعانة على معصيــــة ؛ فلم تصح الوصية به ، كوصيتـــــه بعبده أو أمته للفجور أو شراء خمر أو خنزير يتصدق به على أهل الذمة (أو كتب نحوالتوراة والإنجيل) كالزبور والصحف ، ولو كانت الوصية من ذمي فلا تصح ؛ لأنها منسوخة والاشتغال بها غير جائز لما فيها من التغيير والتبديل ، وقد غضب النبي صلى الله عليه وسلم حين رأى مع عمر شيئاً مكتوباً من التوراة (ولا) تصح الوصية لكتابة كتب (سحر) وتعزيم وتنجيم ونحو ذلك من الكتب المحرمة ؛ لأنها إعانة على المعصية ، (ولا) لكتابة (علم كلام) ؛ لأن الكلام ليس من العلم ، ويأتي إذ لو وصى إنسان لآخر بكتب علم لا تدخل فيها كتب الكلام .

(ولا) تصح الوصية لعامة (اليهود و) لا (النصارى) ، بخلاف المعين ؛ فإنها تصح له، وتقدم . (أو)؛أي: ولا يصح جعل الكفر أو الجهل شرطاً في الاستحقاق ، فلو وصى (لأجهل الناس) لم تصح. قاله الشيخ تقي الدين . وقال أبو الفتح البستي : أجهل الناس من كان على السلطان مدلا وللاخوان مذلا ؛ أي : كاتباع الظلمة الذين يبيعون دينهم بدين غيرهم ، ولا يبالون بتحصيل المال بأي وجه أمكن ، ولا يبتغون سوى مرضات من يوليهم الولايات ، ويبارزون لأجله جبار السموات،مع أنه ينتقم منهم في بعض الأحيان،ويذيقهم شديد العذاب مع الذل والهوان ، وبمجرد خلاصهم بما له من أشراك يتوسلون اليه ليعيدهم إلى ما كانوا عليه من الانهاك ، فلا ريب أن هؤلاء أجهــل الناس وأطوعهم لمتبوعهم الوسواس الخناس ، فمن كان متصفاً بهذه الصفــات الرديئة ينبغي أن لا تصح له الوصية، بل يعود كباقي التراث،ويحوزها أقارب الموصي من ذكور وإناث ؛ لأن المقصود من الوصية إنمــــا هو البر والصلة ، وهؤلاء ليسوا من أهلها،وفي دفعها اليهم إعانة لهم على تماديهم في الظلم والتعــدي بأكل أموال الناس بالباطل لتمكن الجهل منهم واستيلائه عليهم ، وفي تاريخ ابن

النجار أن الذباب كان لا يقع على جسده صلى الله عليه وسلم ، ولا على ثيابه ، وهو[1] أجهل الخلق؛ لأنه يلقي نفسه في الهلكة (أو) ؛أي: ولا تصح الوصية (لجني أو ملك أو ميت) ؛لأنها تمليك،[وهم لا يملكون] فلم يصح لهم كالهبة (أو) ؛ أي : ولا تصح لشخص (مبهم كأحد هذين) لأن تعيين الموصي به شرط، فإذا قال لأحد هذين فقد أبهم الموصى له .

(ويتجه ولا) تصح الوصية (ببناء بيت يسكنه مار) ؛ أي: مجتاز(من أهل ذمة أو) أهل(حرب، خلافاً له) ؛أي: لصاحب «الإقناع » كذا قال مع أن ما في «الإقناع» قطع به «الموفق» و «الشارح» و «المبدع» وشارح «المنتهى» وغيرهم، ولم يحكوا في المسألة خلافاً[2] وعبارتهم : وإن وصى ببناء بيت ليسكنه المجتازون من أهل الذمة وأهل الحرب صح ؛ لأن بناء مساكنهم ليس بمعصية(ولا) تصح الوصية(لبهيمة ان قصد) الموصي(تمليكها) لأنها لا تملك (وتصح) الوصية(لفرس زيد ، ولو لم يقبله)؛ أي : الموصى به زيد (ويصرف) الموصى به (في علفه) رعاية لقصد الموصي (فإن مات) الفرس قبل إنفاق الكل عليه (فالباقي للورثة)؛ أي : ورثة الموصي لا لمالك الفرس ؛ لأنها إنما تكون له على صفة ، وهي الصرف في مصلحة دابته رعاية لقصد الموصي. قال الحارثي : بحيث يتولى

---

(١) أي : الذباب .

(٢) أقول : لعل ملحظ المصنف بهذا البحث ما أشار اليه الخلوتي بقوله : بعد أن ذكر المتقدم ، أنظر هل يخالف اشتراطهم التعيين في الكافر الموصى له ؟ انتهى. ففيه فيا يظهر مخالفة شرطهم اليقين حيث عمم الكفار فيا أوصى فيه لهم ، ويحتمل أن يكون ميل المصنف الى القول المرجوح من أنه يشترط في صحة الوصية القربة ، والأظهر أن الاشارة ما تقوم في الوقف من أنه لو وقف على المار بالكنيسه ونحوها من أهل الذمة فقط ؛ لم يصح الوقف على المذهب ، والوصية كالوقف فا هنا يشبهه ، فتأمل ذلك ، وتدبر ، وفي الوقف ما يؤخذ منه بحث المصنف فارجع اليه ، لكن لم أر من خالف « الاقناع » ولا من قبله وأيده بما يعلم من محله . انتهى .

الوصي أو الحاكم الانفاق لا المالك ، أما الوارث فلأنه قد يتهم ، وأما المالك فلأنه ليست الوصية له (وإن أوصى لمن)؛ أي : ميت (يعلم) الموصي (موته أو لا) يعلم موته(وحي، فللحي النصف) ولو لم يقر موص الموصى به بينها؛لأنه أضاف الوصية اليها، فإذا لم يكن أحدهما محلا للتمليك ؛ بطل في نصيبه ، وبقي نصيب الحي وهو النصف (وكذا) إن وصى (لحيين فمات أحدهما) قبل موت الموصي ؛ فللحي النصف. قال في « المبدع» :بغير خلاف نعلمه .

(و)إن وصى (له) ؛ أي : لإنسان حي (وللملك ، أو) ووصي له (ولحائط بالثلث) كما لوقال: أوصيت بثلث مالي لزيد وجبريل مثلاً ، أو له ولحائط (فله)؛أي ؛زيد في المثال (الجميع) ؛ أي : جميع الثلث نصاً ؛ لأن من أشركه معه لايملك ؛ فلا يصح التشريك، وإن وصى لزيد ولله سبحانه وتعالى أو الرسول صلى الله عليه وسلم . (ويتجه) أنها (لا)تصح الوصية لنبي من الأنبياء (غير نبينا) صلى الله عليه وسلم ،فإنها تصح له،وتصرف في المصالح العامة، ولعل الحكمة في صحتها له دون غيره من الأنبياء عليهم الصلاة والسلام اختصاصه بالغنيمة دون غيره في قوله تعالى: « وأعلموا أنما غنمتم من شيء فأن لله خمسه وللرسول»[1] . الآية. وكأن الوصية بالنسبة إليه صلى الله عليه وسلم بمعنى الغنيمة، فلذلك صحت له ، وهو متجه [2]. (فـ) الموصى به (نصفان)بينهما (وما لله أو الرسول فـ)يصرف (في المصالح العامة) كالفيء(و)إن وصى(بثلثه) ؛ أي : ثلث ماله(لوارث وأجنبي) فأجاز سائر الورثة وصية الوارث؛ فالثلث بينهما نصفين؛

---

(١) سورة الانفال ، الآية : ٤١

(٢) أقول : لم يرتضه الجراعي ، وقال : لافرق ، ولم أره لغيره ولا أحد أشار اليه ، ولا ما يستند اليه من أصل ، أو فرع ؛ إذ لامانع من الوصية لهم ؛ لأن مصرفه واحد ولا مفسدة في ذلك ؛ لأنه يجب لهم علينا ماوجب لنبينا صلى الله تعالى عليه وسلم . انتهى . قلت ما علل به شيخنا وأشار به الى الفرق هو الذي يظهر . انتهى .

لأن مقتضى الإضافة التسوية ، وإن وصى لكل واحد منها بمعينين قيمتهما الثلث ، فأجاز سائر الورثة وصية الوارث ، (فا) لوصيتان لهما على ما قال الموصي ؛ لعدم المانع . وإن (رد الورثة فلأجنبي السدس) في الاولى والمعين الموصى له في الثانية ؛ لعدم المانع ، وبطلت الوصية لوارث ؛ لعدم إجازتهما (و) إن وصى لهما (بثلثيه) سوية (فردوا) ؛ أي : الورثة (نصفهـا) ؛ أي : الوصية (وهو ما جاوز الثلث) بلا تعيين نصيب واحد منها (فالثلث بينهما) لأن الوارث يزاحم الأجنبي مع الإجازة ، فإذا ردوا ؛ تعين أن يكون الباقي بينهما. ذكره القاضي. (ولو ردوا نصيب وارث) فقط (أو أجازوا) الوصية (للأجنبي) فقط (فله) ؛ أي : الأجنبي (الثلث) كاملاً (كإجازتهم للوارث) فيكون له الثلث ؛ لأن لهم أن يجيزوا لهما ويردوا عليهما ، فلهم أن يجيزوا لأحدهما ، ويردوا على الآخر ، وإن ردوا وصية الوارث ونصف وصية الأجنبي ؛ فللأجنبي السدس ؛ لأنهم لم يجيزوا الثلث لهما ، فيشتركان فيه ، فإذا رجعوا فيما للوارث لم يزد الأجنبي على ماله حال الإجازة للوارث ، ولو أرادوا نقص الأجنبي عن نصف وصيته لم يملكوا ذلك ، أجازوا للوارث أو ردوا ، وإن وصى بثلثه لوارث وأجنبي ، وقال : إن ردوا وصية الوارث فالثلث كله الأجنبي ، فردوا وصية الوارث ؛ فكما قال الموصي ، وإن أجازوا للوارث فالثلث بينهما .

(و) من له ابنان فقط ووصى (بماله) كله (لابنيه وأجنبي فرداها) ؛أي: رد الابنان الوصية (فله) ؛ أي : الأجنبي (التسع) لأنه بالرد رجعت الوصية الى الثلث ، والموصى له ابنان وأجنبي ، فيكون للأجنبي التسع ؛ لأنه ثلث الثلث (و) إن وصى (بثلثه لزيد وللفقراء والمساكين فله) ؛ أي : زيد (تسع) والتسعان للفقراء والمساكين كالوصية لثلاث جهات ، فوجبت التسوية بينها ، كما لو وصى لثلاث أنفس (ولا يستحق) زيد (معهم) ؛ أي : الفقراء والمساكين (بالفقر) والمسكنة شيئاً ؛ لاقتضاء العطف المغايرة ، ولو وصى لزيد وللفقراء

بثلثه ؛ قسم الثلث بين زيد والفقراء نصفين ، نصف لزيد ونصفه للفقراء ؛ لأنه قابل بينه وبينهم ، فاستويا في قدر الاستحقاق ، كما في قوله لزيد وعمرو ، ولو قال لزيد والفقراء والعلماء ؛ فلزيد الثلث ، ولهما الثلثان كذلك . (ولو وصى بشيء لزيد وبشيء) آخر (للفقراء) وزيد منهم ؛ لم يشاركهم ، (أو وصى) لزيد بشيء و (لجيرانه وزيد منهم ؛ لم يشاركهم) زيد بكونه جاراً ؛ لما تقدم. ولو وصى لقرابته والفقراء ؛ فلقريب فقير سهمان ذكره أبو المعالي؛لأن كلًا من وصفيه سبب لاستحقاقه ، فجاز تعدد استحقاقه بتعدد وصفه (و) لو وصى بثلثه (لأحد هذين) بأن قال : وصيت بثلثي لأحد هذين ، وهو مكرر مع ما سبق في أول الفصل من قوله، أو مبهم كأحد هذين.(أو) وصى به (لجاره) فلان (أو قريبه فلان باسم مشترك ؛ لم يصح) لإبهام الموصى له وتعيينه شرط ، فإن كان ثم قرينة أو غيرها أنه أراد معيناً منها ، وأشكل ؛ صحت الوصية ، وأخرج المستحق منها بقرعة في قياس المذهب . قاله ابن رجب في القاعدة [الخامسة بعد المائة (ف) لو قال : عبدي (غانم حر بعد موتي وله) ؛ أي: غانم مائة] (درهم ، وله) ؛ أي : الموصي (عبدان) مسميان (بهذا الاسم) غانم، ثم مات الموصي (عتق أحدهما) ؛ أي : العبدين المسميين بهذا الاسم(بقرعة ولا شيء له)؛ أي : لمن خرجت له القرعة (من الدراهم) الموصى بها ، ولو خرجت من الثلث ؛ لأن الوصية بها لغير معين ، فلم تصح نصاً (ويصح)قول موص : (أعطوا ثلثي لأحدهما) كأعتقوا أحد عبديّ (ويلزم ، وخير ورثـة) فيمن يعطوه الثلث منها أو يعتقوه ؛ لأن ذلك أمر بالتمليك أو العتق ، فصح جعله الى اختيار الورثة كقوله لوكيله : بع سلعتي من أحد هذين ، بخلاف وصيت ؛ فإنه تمليك معلق بالموت ؛ فلم يصح لمبهم (ولو وصى ببيع عبده) المعين لمعين من اثنين ؛ كما لو قال لوصيه : بع عبدي سالماً (لزيد أو) قال:بعه (لعمر، أو) أبهم فقال : بعه (لأحدهما ؛ صح، وخيروا) ؛ أي: المجعول لهم ذلك في الأخيرة ؛

لأن الموصي جعل لوصيه تعيين من شاء منهما. [فصحت] والوصية ببيع شيء لمن يعينه الموصي أو وصيه في ذلك، فيها غرض مقصود عرفاً، فصحت الوصية به، ثم هذا تارة يكون الغرض الإرفاق بالعبد بايصاله الى من هو معروف بحسن الملكة وإعتاق الرقاب، وتارة يكون الغرض الإرفاق بالمشتري لمعنى يحصل له من العبد، فلو تعذر بيع العبد لذلك الشخص، أو أبى أن يشتريه بثمن عينه الموصي أو بقيمته ان لم يعين الثمن ؛ بطلت الوصية (لا) ان وصى ورثته (أن يبيعوه) ؛ أي : العبد (ويطلق) فإنها لا تصح الوصية ؛ لأنها لا بد لها من مستحق، ولا مستحق ههنا (ولو وصى لشخص بخدمة عبده سنة ثم هو) ؛ أي : العبد بعد خدمته لموصى له سنة (حر، فوهبه) ؛أي : وهب الموصى له بالخدمة (الخدمة) عند ابتداء المدة (أو رد) الوصية بالخدمة (عتق) العبد (منجزاً) وإن وهبه ما بقي من الخدمة في أثناء المدة عتق بمجرد [الهبة (لا) انه لا يعتق بمجرد الهبة أو الرد إلا (بعد) مضي (سنة) من ابتداء الخدمة] (خلافا له) ؛أي: لصاحب «الإقناع» فإنه قال: وإن قال: يخدم عبدي فلاناً سنة، ثم هو حر؛ صحت الوصية، فإن لم يقبل الموصى له بالخدمة، أو وهب له الخدمة ؛ لم يعتق إلا بعد السنة انتهى . والمعتمد ما عليه المصنف .

(ومن أوصى بعتق عبد بعينه، أو) وصى (بوقفه ؛ لزم) العمل بوصيته وجوبا (ولم يقع) العتق أو الوقف (حتى ينجزه وارثه) لأن الوصية بذلك أمر بفعله، فلم يقع إلا بفعل المأمور كالتوكيل في ذلك، لكن هنا يلزم تنفيذ الوصية (فإن أبى) وارث تنجيزه (نجزه حاكم)، ويكون حراً أو وقفاً من حين عتق أو وقف، وولاؤه لموص (وكسبه) ؛ أي : الموصى بعتقه أو وقفه (بين موت) [موصٍ (وتنجيز)] ما وصى به من عتق أو وقف (لارث) لبقائه في الملك الى التنجيز، (و) قال (في الروضة) : القن (الموصى بعتقه ليس بمدبر، وله) ؛ أي : القن الموصى بعتقه (حكم) القن (المدبر في كل أحكامه)

والله أعلم .

﴿ باب أحكام الموصى به ﴾

وهو آخر أركان الوصية الأربعة ، وهي موصٍ وصيغة ، وموصى له وموصى بـــه .

(يعتبر) في الموصى به (امكانه) قاله في « الفروع » (فلا) تصح الوصية (بمدبر) لعدم إمكانه بحريته بموت الموصي ، ولا بحمل أمته الآيسة ، ولا بخدمة أمته الزمنة .

(ويتجه) عدم صحة الوصية بالمدبر (ما لم يقتل) المدبر (سيده) فإن قتل سيده ولو خطـاً ؛ بطل تدبيره ، وصحت الوصية به معاملة له بنقيض قصده (ونحوه) كما لو قتل موصى له موصياً فتبطل الوصية ؛ لأن القتل يمنع القاتل من الميراث ، فلأن يمنع من الوصية من باب أولى ، وتقدم ، وهو متجه [1].

(و) يعتبر فيها أيضاً (اختصاصه) ؛ أي: الموصى به بالموصي ، وإن لم يكن مالاً كجلد ميتة ونحوه (فلا تصح) الوصية (بمال غيره ، ولو ملكه بعد) كما لو قال: وصيت لك بمال زيد أو ثلثه ؛ فلا تصح الوصية – ولو ملك الموصي مال زيد بعد الوصية – لفساد الصيغة حينئذ بإضافة المـال الى غيره (ولا) تصح الوصية (بما لا نفع فيه كخمر وميتة وخنزير وسباع) من بهائم وطيور (لا تصلح لصيد)

---

(١) أقول : قال الجراعي: أي: نحو سيده ؛ كمن وقع له الملك بارث أو وصية ؛ فتصح الوصية به قبل الغرغرة بأن جرحه جرحا موحيا ؛ فتصح الوصية به . انتهى .قلت: قول المصنف ما لم يقتل سيده ، صرح به الخلوتي ، وأما قوله ونحوه ؛ أي : نحو القتل مما يبطل التدبير ؛ كأن يجرح سيده فيسري الجرح إلى نفسه ؛ فهذا تصح الوصية به كما هو صريح في بابه ، وما ذكره شيخنا كالجراعي غير مراد ، فتأمل . انتهى .

لعدم نفعها ؛ لأن الوصية تمليك ؛ فلا تصح بذلك كالهبة، وقد حث الشارع على إراقة الخمر وإعدامه، فلم يناسب صحة الوصية به، وظاهره ولو قلنا بأنه يباح الانتفاع بجلد الميتة بعد الدباغ .

(ويتجه) أن لا تصح الوصية بما ذكر (إلا لمضطر لأكلها) أو لإزالة لقمة غص بها ؛ لأنه [يجوز] التناول من ذلك مقدار إزالة الضرر لا غير ، وهو متجه [1] .

(وتصح) الوصية (بإناء ذهب أو) إناء (فضة) لأنه مال يباح الانتفاع به على غير هذا الوجه ؛ بأن يكسره ويبيعه أو يغيره عن هيئته ، فيجعله حلياً يصلح للنساء ونحو ذلك ، فصحت الوصية به كالأمة المغنية .

(و) تصح الوصية (بما يعجز) موص (عن تسليمه) لو كان واجباً عليه حال الوصية (ولوصي) ؛أي: موصى له (السعي في تحصيله) فإن قدر عليه خرج من الثلث. مثال المعجوز عنه (كآبق) من رقيق (وشارد) من دواب (وطير بهواء وحمل ببطن ولبن بضرع) لأن الوصية أجريت مجرى الميراث ، وهذا يورث ، فيوصى به ، ولا فرق في الحمل أن يكون حمل أمة أو حمل بهيمة مملوكة؛ لأن الغرر لا يمنع الصحة ، فجرى مجرى إعتاقه . ويعتبر وجوده في الأمة بما يعتبر وجود الحمل الموصى له ، وإن كان حمل بهيمة اعتبر وجوده بما يثبت به وجوده في سائر الأحكام .

(و) تصح الوصية(بمعدوم)لأنه يجوز أن يملك بالسلم والمضاربة والمساقاة، فجاز أن يملك بالوصية ، وذلك كوصيته (بما تحمل أمته) أبداً أو مدة معينة (أو) بما تحمل (شجرته أبداً أو مدة معينة) كسنة أو سنتين ونحو ذلك ، ولا يضمن الوارث السقي ؛ لأنه لم يضمن تسليمها ، بخلاف مشترك ، (و) كوصية

---

(١) أقول : قال الجراعي : فإنه لما جاز الانتفاع بقدر إزالة اضطرار الموصى له ؛ صحت الوصية به . انتهى . قلت : لم أر من صرح به ، ولكنه مقتضى تعليلهم ، فتأمل. انتهى.

(مائة) من دراهم أو غيرها لا يملكها موص حال وصيته، وليس هذا من قبيل الوصية بمال غيره (لأنه لم يضمنها الى ملك إنسان سواه . اذا تقرر هـذا (فإن حصل شيء) مما وصى به من المعدوم ؛ فلموصى له (أو قدر) موص (على المائة) التي لم تكن في ملكه ، (أو) قدر على (شيء منها عند موت) الموصي ، (فـ) هو لموصى (له) بمقتضى الوصية (إلا حمل الأمة) الموصى له به ؛ (فـ) يكون له (قيمته) لئلا يفرق بين ذو رحم في الملك ، والظاهر أن القيمة تعتبر يوم الولادة إن قبل قبلهـا ، وإلا فوقت القبول ، فلو ماتت أمة بمجرد الوضع فمقتضى التعليل أن تكون لموصى له به ، وإن كان الإطلاق يقتضي خلافه . (وإلا) يحصل شيء من ذلك (بطلت) الوصية ؛ لأنها لم تصادف محلا كما لو وصى بثلثه، ولم يخلف شيئاً (كما لو لم تحمل الأمـة حتى صارت حرة) فإن وطئت وهي في الرق بشبهة ، وحملت فعلى واطيء قيمة الولد الموصى له به ؛ لأنـه حر (و) تصح الوصية (بـ)ما فيه نفع مباح من (غير مال، ككلب صيد و) كلب (ماشية و) كلب (زرع و) كلب (حراسة بيوت وجرو) يربى (لذلك) ؛أي : لما يباح اقتناؤه مما ذكر؛ لأن فيه نفعاً مباحاً وتقر اليد عليـه ، والوصية تبرع ، فصحت بغير المال كالمال(غير) كلب (أسود بهيم)لأنه لا يباح صيده ولا اقتناؤه (فإن لم يكن له) ؛أي: الموصي (كلب كذلك) ؛ أي : مباح (لم تصح) الوصية سواء قال من كلابي أو من مالي ؛ لأنـه لا يصح شراؤه ولا قيمة له ، بخلاف ما لو أوصى بمتقوم أو مثلي ليس في ملكه ، فيشترى له ذلك من التركة ، وإن وصى بكلب وله كلاب ؛ فللورثة إعطاؤه أي كلب شاءوا. جزم به في «الإنصاف» (و كزيت متنجس) فتصح به الوصية (لغير مسجد) لأن فيه نفعاً مباحاً وهو الاستصباح به ، ولا تصح الوصية به لمسجد ؛ لأنه لا يجوز الاستصباح به فيه ، وتقدم . (وله) ؛أي: الموصى له بالكلب المباح أو الزيت المتنجس(ثلثهما لا غير، ولو كثر المال إن لم تجز الورثة) لأن موضوع الوصية على أن يسلم ثلثا التركة

للورثة ، وليس من التركة شيء من الموصى بـه ، وان وصى لزيد بكلابه ، ووصى لآخر بثلث ماله ؛ فللموصى له بالثلث ثلث المال ، وللموصي له بالكلاب ثلثها إن لم تجز الورثة ؛ لأن ما حصل للورثة من ثلثي المال قد حازت الوصية فيما يقابله من حق الموصى له وهو ثلث المال ، ولم يحتسب على الورثة بالكلاب .

[(و) لو وصى بثلث ماله ، ولم يوص بالكلاب] (لا تدخل كلاب في وصية بثلث ماله) لأنها ليست بمال ، (فـ) يدفع الى الموصى له بالثلث ثلث المال ، ولم تحتسب الكلاب على الورثة ، بل (تختص بها) ؛ أي : الكلاب (ورثة) الموصي (وتقسم بينهم) ؛ أي: الورثة بالعدد (فإن تشاحوا في بعضها) بأن طلبه كل منهم أن يكون له (أقرع بينهم) قاله في «الشرح» ؛ لأنه لا مرجح لأحدهم على غيره .

تنبيه : وعلم مما تقدم أن من أوصي له بثلاثة من الكلاب لم يكن له الا واحد منها ، ومحل ذلك إن لم تجز الورثة الوصية في الجميع ؛ لأن الحق في الزائد عن الثلث لهم .

(و) تصح الوصية (بمبهم كثوب) لأن الموصى له شبيه بالوارث من جهة انتقال شيء من التركة اليه مجانا ، والجهات لا تمنع الإرث ؛ فلا تمنع الوصية (ويعطى) الموصى له (ما يقع عليه الاسم) ؛ أي: اسم الثوب ؛ لأنه اليقين ، سواء كان منسوجاً من حرير أو كتان أو قطن أو صوف أو شعر ونحوه ، مصبوغاً أو لا ، صغيراً أو كبيراً ؛ لأن غايته أنه مجهول ، والوصية تصح بالمعدوم فهذا أولى (فإن اختلف) اسم موصى به (بالعرف والحقيقة) اللغوية (غلب العرف كاليمين) اختاره الموفق ، وصححه الناظم ، وجزم به في « الوجيز» و «التبصرة» وقدمه في «الرعاية» وقطع به في «الإقناع » لأن الظاهر ارادته ، ولأنه لو خوطب قوم بشيء لهم فيه عرف ، وحملوه على عرفهم لم يعدوا مخالفين

(خلافاً «للمنتهى») في قوله ،فإن اختلف بالعرف والحقيقة ؛ قدمت . انتهى . وما قاله المصنف أرجح ؛ لأن المتكلم إنما يتكلم بعرفه[1]،ولأنـــه المتبادر الى الفهم (فشاة وغنم) هي في الحقيقة للذكر والانثى من الضأن والمعز ، والهاء للواحدة (وبعير وابل وثور وفرس وبقر وخيل وقن ورقيق لغة لذكر وأنثى صغير أو كبير) فيعطى موصى له بشيء مما ذكر [ما] يقع الاسم عليه من ذكر وأنثى وخنثى صغير و كبير ؛ لصلاحية اللفظ له (وعرفاً فالشاة هي الانثى الكبيرة من ضأن وماعز) غلب العرف كالأيمان (والثور والبعير) في العرف (الذكر الكبير) من البقر أو الإبل ، وفي الحقيقة للذكر والانثى غلب العرف كالايمان (والدابة لغة ما دب ، وعرفاً اسم لذكر وأنثى من خيل وبغال وحمير) لأن ذلك هو المتعارف . قال الحارثي : والقائلون بالحقيقة لم يقولوا ههنـا بالأعم ، كأنهم لحظوا غلبة استعماله في الاجناس الثلاثة بحيث صارت الحقيقة مهجورة ، (فإن) قرن الموصي بذكر الدابة في الوصية ما يصرفه الى أحد الأجناس الثلاثة، كأن (قال) : أعطوا له (دابة يقاتل عليها أو يسهم لهـــا ؛ انصرف لخيل) ؛ لاختصاصها بذلك ، (و) ان قال : أعطوا له (دابة ينتفع بظهرها ونسلها خرج ذكر وبغل) لانتفـاء النسل فيها (وحصان) بكسر الحاء المهملة (وجمل وحمار وعبد لذكر) فقط . قال تعالى : «وأنكحوا الأيامى منكم والصالحين من عبادكم وامائكم»[1] والعطف يقتضي المغـايرة ، ولأنه المفهوم من إطلاق اسم العبد ، فلو وكله في شراء عبد فليس له شراء أمة (وحجر) بكسر الحاء وسكون الجيم الانثى من الخيل . قال في القاموس: وبالهاء لحن (وأتان) الحمـــارة . قال في القاموس : والأتانة قليلة (وناقة وبكرة وقلوص وبقرة لانثى) من ابل وبقر

---

(١) أقول : الذي يقتضيه كلامهم أن المذهب ما قاله في « المنتهى » لكن ما قاله المصنف أظهر ، فتأمل . انتهى .

(٢) سورة النور ، الآية : ٣٢

(وكبش لكبير ذكر ضأن وتيس لكبير ذكر معز) فلو قال : أعطوه عشرة أو عشراً من غنمي ؛ فللذكر والانثى ؛ لأنه قد يلحظ في التذكير معنى الجمع، وفي التأنيث معنى الجماعة ، وأيضاً اسم الجنس يصح تذكيره وتأنيثه .

(وتصح) الوصية (بغير معين كعبد من عبيده وتعطيه الورثة ما شاؤا منهم) ؛ أي : من عبيده نصاً ، لتناول اسم العبد للجيد والرديء والصحيح والمريض والكبير والصغير (فإن ماتوا) ؛أي: عبيد الموصي (إلا واحداً تعينت) الوصية (فيه) لتعذرتسليم الباقي (وإن قتلوا) كلهم بعدموت موص ؛ (ف)لموصى (له قيمة أحدهم) تختار الورثة اعطاءه له (على قاتل) له كما يلزم القاتل قيمته (والخيرة للورثة) وان لم يكن موصى به (وإن لم يكن له) ؛ أي : الموصي (عبد) حال الوصية(ولم يملكه) ؛ أي :يملك عبداً (قبل موته؛ لم تصح) الوصية كما لو أوصى له بما في كيسه ، ولا شيء فيه ، وتبطل إن ماتوا كلهم قبل موت الموصي ؛ لأن الوصية إنما تلزم بالموت ، ولا رقيق له حينئذ ، (وإن ملك) من ليس له عبيد حين الوصية (واحداً) بعدها تعين (أو كان) له حين الوصية عبد واحد (تعين) كونه لموصى له ؛ لأنه لم يكن للوصية محل غيره ؛ وكذا حكم شاة من غنمه وثوب من ثيابه ونحوه (وإن قال) موص (أعطوه عبداً من مالي أو) أعطوه (مائة من أحد كيسي و) الحال أن (لا عبد له) في الأولى (أو لم يوجد فيها) ؛ أي : في الكيسين شيء في الثانية (اشترى له ذلك) الموصى به ، وأعطي المائة من التركة ؛ لأنه لم يقيد ذلك بكونه في ملكه ، وقد قصد أن يصل له من ماله ذلك الموصى به ،وقدأمكن ذلك بشرائه من الثلث أو إعطاء المائة منه تنفيذاً للوصية ، بخلاف مالو وصى له بعبد من عبيده ولا عبد له ؛ فتبطل . قال الحارثي : وقد يفرق بينهما بأن القدر الفائت في صورة المائة صفة محل الوصية لا أصل المحل ، فإن كيساً يؤخذ منه مائة موجود ملكا ، فأمكن تعلق الوصية به ، والفائت في صورة العبد أصل المحل ، وهو عدم العبيد بالكلية ، فالتعلق متعذر . انتهى .

(و) إن وصى (بقوس وله أقواس) قوس (لرمي) نشاب – وهو الفارسي – أو قوس نبـل – وهو العربي – أو قوس بمجرى – وهو القوس الذي يوضع السهم الصغير في مجراه – فيخرج السهم من المجرى ، ويقال له قوس حسبان – وهي السهام الصغيرة – قاله الحارثي (و) قوس لرمي (بندق) وهو قوس جلاهق – بضم الجيم وكسر الهاء – وهي اسم للبندق، وأصله بالفارسية جلة وهي كبة غزل والكبير جلها (و) قوس (ندف) يندف به نحو القطن (فله) ؛ أي :الموصى له بقوس مطلق (قوس النشاب) بغير وتر (لأنها أظهرها) ؛ أي : أسبق إلى الفهم ، فله واحد من المتعارف يعينه الوارث (إلا مع صرف قرينة إلى غيرها) كأن يكون ندافا لا عادة له بالرمي، أو كانت عادته أن يرمي الطيور بالبندق ؛ لأن ظاهر حال الموصي أنه قصد نفعه بما جرت عادته بالانتفاع به ، وإن لم يكن له إلا قوس واحد من هذه القسي ؛ تعينت الوصية فيه ؛ إذ لا محل لها غيره ، فإن كان له أقواس من النوع الذي استحق الوصي قوساً منها؛ أعطاه الورثة ما شاؤوا منها؛ كالوصية بعبد من عبيده (ولا يدخل) في الوصية بقوس (وترها) لأن الاسم يقع عليها دونه .

(و) من وصى (بكلب أو طبل) وله منهـــا ما هو محرم كالكلب الأسود البهيم وطبل اللهو وثم – بفتح المثلثه – (مبـاح) من الكلاب كالذي يجوز اقتناؤه ومن الطبول (كطبل حرب) قال الحارثي وطبل صيد وحجيج لنزول وارتحال (انصرف) اللفظ (إليه) لأن وجود المحرم كعدمه شرعا ، فلا يشمله اللفظ عند الإطلاق (وإلا) يكن عنده كلب مباح ولا طبل مبـاح (بطلت) الوصية ؛ لأن الوصيه بالمحرم معصية ولعدم المنفعة المباحة فيه ، فلو كان عنده طبل يصلح للحرب واللهو معا ؛ صحت الوصيـــة به ؛ لقيام المنفعة المباحة فيه .

وتصح الوصية بالبوق، لمنفعته في الحرب ، قاله القاضي . وإن كان للموصي طبول تصلح للحرب، ووصى بأحدها وأطلق. فللموصى له أحدها باختيار الورثة.

ولا تصح الوصية بمحرم (كطبل لهو وطنبور ومزمار) وعود لهو وكذا آلات اللهو كلها كرباب وقانون ونحوه ، ولو لم يكن فيها أوتار ؛ لأنها مهيئة لفعل المعصية ، أشبه ما لو كانت بأوتارها .

(ويتجه) بـ(احتمال) قوي (الصحة) ؛ أي : صحة الوصية بجميع ماذكر من آلات اللهو المحرمة إن كانت من جوهر نفيس ينتفع بكسره كالذهب والفضة ، نظراً الى الانتفاع بجوهرهما ، أو كانت مكفتة بالذهب أو الفضة (قياساً على أواني نقد) لأنها تكسر وتباع ، فينتفع بثمنها من غير نظر إلى جهة التحريم ، وهو اتجاه حسن ، وقياس مستحسن[1] .

(و)لو وصى إنسان (بدفن كتب العلم لم تدفن) لأن العلم مطلوب نشره ، ودفنه مناف لذلك (ولا يدخل فيها) ؛ أي : كتب العلم (ان وصى بها لشخص ، كتب الكلام) قال في « الفروع » : قال ابن الجوزي إما من عنده أو حكاية عن الشافعي رحمه الله تعالى ولم يخالفه : لو أن رجلاً أوصى بكتبه من العلم لآخر ، وكان فيها كتب الكلام ؛ لم تدخل في الوصية (لأنه) ؛ أي : الكلام (ليس من العلم) انتهى . واقتصر على ذلك ، وقال الإمام أحمد رحمه الله تعالى في رواية أبي الحارث : الكلام رديء لا يدعو إلى خير لا يفلح صاحب كلام ، تجنبوا أصحاب الجدال والكلام ، وعليك بالسنن وما كان عليه أهل العلم ، فإنهم كانوا يكرهون الكلام . وعنه : لا يفلح صاحب كلام أبداً ولا ترى أحداً نظر في الكلام إلا وفي قلبه دغل ، وكذلك روى ابن مهدي عن مالك فيما حكى البغوي : لو كان الكلام علماً لتكلم فيه الصحابة والتابعون كما تكلموا في الأحكام والشرائع ، ولكنه باطل. قال ابن عبد البر : أجمع أهل

---

(١) أقول : احتمال المصنف قياس ظاهر لايأباه كلامهم ، وليس المراد منه كونها من جوهر نفيس ونحوه كما قرره شيخنا من «الاقناع» وشرحه ، وإنما المراد ولو كان ذلك من خشب ؛ لأنه ينتفع بمكسوره ، فلأجل ذلك صحت الوصية فيه ، فتأمل . انتهى .

الفقه والآثار من جميع الأمصار أن أهل الكلام لا يعدون في طبقات العلماء ، وإنما العلماء أهل الفقه والاثر (ومن وصى بإحراق ثلث ماله صح وصرف في تجمير الكعبة) ؛ أي : تبخيرها (وتنوير المساجد) وشراء بارود لجهاد كفار، (و)لو وصى بثلث ماله (في التراب يصرف في تكفين الموتى ، و) لو وصى بثلثه (في الماء، يصرف في عمل سفن للجهاد) محافظة على تصحيح كلام المكلف مهما أمكن (ويتجه) ولو وصى بثلثه (في الهواء فـ)يصرف (في نحو سهام) كنشاب (ترمى في الجهاد) في سبيل الله ، وهو متجه . (وقال ابن نصر الله يتوجه أن يعمل به باذهنج[1] لمسجد ينتفع به المصلون قال) تلميذه (في «المبدع» وفيه شيء انتهى . (وتنفذ وصية) موص بجزء مشاع من ماله كربع وخمس (فيما علم) الموصي (من ماله وما لم يعلم) منه ؛ لعموم لفظه ، فإن المال يعم معلومه ومجهوله ، وقياساً على نذر الصدقة بالثلث (فإن وصى بثلثه) لنحو زيد أو مسجد (فاستحدث مالاً) بعد الوصية (ولو بنصب أحبولة قبل موته فيقع فيها صيد بعده دخل ثلثه) ؛ أي : ثلث المال المستحدث (في الوصية) قال في « الإنصاف » هذا المذهب ، وعليه الأصحاب . قال في « المحرر » :ومن وصى بثلث ماله ؛ تتناول المتجدد والموجود ، وإن لم يعلم به ، ولأنه ترثه ورثته (ويقضى منه دينه) أشبه ما لو ملكه قبل الوصية (وإن قتل) من أوصى بجزء من ماله ، أو عليه دين عمداً أو خطأ (فأخذت ديته فميراث) ؛ أي : فديته ميراث عنه ، فتكون من جملة التركة . قال في « الإنصاف » : وهو المذهب . قال أحمد: قد قضى النبي صلى الله عليه وسلم أن الدية ميراث، فعلى هذا (تدخل) الدية (في وصية ، ويقضى منها دينه) لأنها بدل نفسه ونفسه له ؛ فكذلك بدلها، ولأن دية أطرافه في حال حياته له، فكذلك دية نفسه بعد موته ، وإنما يزول

---

(١) الباذهنج ، نافذة يجلب بواسطتها الهواء من السطوح إلى السراديب وغيرها ، وتستعمل كثيراً في العراق ، وتسمى الآن : بادكير

ملكه عما يستغني عنه ، فأما ما تعلقت به حاجته كتجهيزه وقضاء دينه ؛ فلا ، ووصيته من حاجته ، فتحدث الدية على ملك الميت (وتجب) الدية (على الورثة) ؛ أي : ورثة المقتول (إن) كان (وصى بعين بقدر نصفها) ؛ أي : الدية كما لو وصى بنحو عبـــد معين بقدر نصف الدية ، حسبت الدية على الورثة من ثلثيه ؛ لأنها تركة ، ويأخذ العبد الموصى له به .

(فصل : وتصح) الوصية (بمنفعة منفردة) عن الرقبة بلا نزاع ؛ لأنه يصح تمليكها بعقد المعاوضة ، فصحت الوصية بها كالأعيان ، وقياساً على الإجارة (وتورث) المنفعة كما لو أوصى لإنسان (بمنافع أمته) أو خدمة عبده أو ثمرة بستان أو ثمرة شجرة ، سواء أوصى بذلك (أبدا) ؛ أي : في الزمان كله (أو مدة معينة) كسنة ؛ لأن غاية التأبيد جهالة القدر ، وجهالته لا تقدح ، ولو قال : وصيت بمنافعه وأطلق ، أفاد التأبيد أيضاً ؛ لوجود الإضافة المعممة . ولو وقت شهراً أو سنة وأطلق ؛ وجب في أول زمن ؛ لظهور معنى الابهـام بقوله من السنين ، وإذا كانت الوصية بثمرة بستان أو شجرة أبداً أو مدة معينة ؛ لا يملك واحد من الموصى له والوارث إجبار الآخر على السقي ؛ لعدم الموجب لذلك ، فإن أراد أحدهما سقيها بحيث لا يضر بصاحبه ؛ لم يملك الآخر منعه من السقي ، فإن تضرر منـــع ؛ لحديث : « لا ضرر ولا ضرار » . وإن يبست الشجرة الموصى بثمرتها فحطبها للوارث ، إذ لا حق للموصى له في رقبتهـا . وإن وصى بحمل الشجر الموصى بثمرته لزيد سنة مثلا في المدة المعينة ؛ فلا شيء للموصى له لفوات محل الوصية ، وإن قال الموصي لزيد : لك ثمرتها أول عام تثمر ؛ صح . وله ثمرتها ذلك العام تنفيذاً للوصية ، وإن وصى له بلبن شاته وصوفهـا ، صح كسائر المنافع ، وإن كانت الوصية بمنفعة أمة (فيعتبر خروج جميع الأمة من الثلث) ، وهو الصحيح من المذهب ، فإن خرجت من الثلث نفذت (مطلقاً) سواء كانت الوصية بالمنافع أبداً أو مدة معينة ، وإن لم تخرج من الثلث أجيز

منها بقدر الثلث إن لم تجز الورثة الباقي كسائر الوصايا (لا أن ذلك) ؛ أي : اعتبار خروج جميع الأمة يكون (في التأبيد) فقط ، بل في الصورتين معاً ؛ لأن المنفعة مجهولة لا يمكن تقويمها على انفرادها ؛ فوجب اعتبار جميع الموصى بنفعها (و)قوله (في المدة) عطف على المنفي ؛ أي : إذا كانت الوصية بمنفعة في المدة المعينة كسنة ؛ فلا (تعتبر المنفعة فقط) بل يعتبر خروج جميعها ، وكذلك كل عين موصى بنفعها (من الثلث) هذا الصحيح ، فتقوم الأمة بمنفعتها ، فما بلغت اعتبر من الثلث ، فإن ساواه أو نقص نفذ ؛ وإلا فبقدره ، ويتوقف الزائد على الاجازة كما تقدم (خلافاً له) ؛ أي : لصاحب الاقناع لقوله : وإذا أريد تقويمها وكانت الوصية مقيدة بمدة؛ قوّم الموصى بمنفعة مسلوب المنفعة تلك المدة، ثم تقوّم المنفعة في تلك المدة ، فينظر كم قيمتها انتهى . والمعتمد على ما قاله المصنف (والمنفعة) ؛ أي : خدمة القن الموصى بها (إن وهبها صاحبها) الموصى له بها (للقن وأسقطها عنه ؛ فلورثته الانتفاع به) لأن ما يوهب للعبد. يكون لسيده ، فعلى هذا ان كان هذا بعد العتق فليس لهم الانتفاع به (وللورثة) ؛ أي : ورثة الموصي (ولو أن الوصية) بمنافع الأمة (أبداً عتقها) ؛ أي : عتق الأمة الموصى بمنافعها ؛ لأنها مملوكة لهم ، ومنافعها للموصى له ، ولا يرجع على معتقها بشيء ، وإن أعتقها الموصى له بمنفعتها لم تعتق ؛ لأن العتق للرقبة ، وهو لا يملكها ، و (لا) يجزىء عتق ورثة لها (عن كفارة) على الصحيح من المذهب ؛ لعجزها عن الاستقلال بنفعها؛ فهي كالزمنة،ومنفعتها باقية للموصى له (و) للورثة (بيعها) ؛ أي : الرقبة من الموصى له بمنافعها ولغيره ؛ لأن المشتري قد يرجو الكمال بحصول منافعها له من جهة الوصي ، إما بهبة أو وصية أو مصالحة بمال ، وقد يقصد تكميل المصلحة لمالك المنفعة بتمليك الرقبة له، وقد يعتقها ، فيكون له الولاء ، ولأن الرقبة مملوكة لهم ؛ فيصح بيعها كغيرها (و)للورثة (كتابتها) لانها بيع (ويبقى انتفاع وصي)

له ؛ أي : موصى له بمنفعتها (بحاله) ولو عتقت أو بيعت أو كوتبت ؛ لأنه لا معارض له (و) للورثة (ولاية تزويجها) لأنهم المالكون لرقبتها ، وليس لهم تزويجها الا (بإذن مالك النفع) لأنه يتضرر به ، فإن اتفقا على ذلك جاز ، ويجب تزويجها بطلبها ؛ لانه حق لها ، كما لو طلبته من سيدها وأولى (والمهر) في كل موضع وجب ، سواء كان بنكاح أو شبهة أو زنا (له) - ؛ أي : المالك النفع - لأنه بدل بضعها ، وهو من منافعها . وان وطئت الأمة الموصى بنفعها (فولدها من) وطء (شبهة حر) لاعتقاد الواطىء أنه وطء في ملك كالمغرور بأمة (وللورثة قيمته) ؛ أي : الولد (عند وضع على واطىء) لأنه فوت رقه عليهم باعتقاده حريته ، واعتبرت له الوضع ؛ لأنه أول امكان تقويمه (و) للورثة (قيمتها) ؛ أي : الأمة (إن قتلت) كان قتلها أجنبي ؛ لأن الاتلاف صادف الرقبة وهم مالكوها ، وفوات المنفعة حصل ضمنا ، وإن قتلها الوارث فقيمة منفعتها للموصى له بنفعها ، وإن قتلها الموصى له بنفعها ، فالظاهر أنه يلزمه قيمتها بنفعتها للورثة ، كما هو ظاهر إطلاقهم (وتبطل الوصية) لفوات محلها كبطلان إجارة بقتل مؤجرة ، وهو المذهب . صححه في « التصحيح » وغيره ، وجزم به في « الوجيز » وغيره (وإن جنت) الأمة الموصى بنفعها (سلمها وارث) إلى ولي الجناية (أو فداها مسلوبة) المنفعة بالأقل من أرش الجناية أو قيمتها ؛ لأنه يملكها كذلك كأم الولد (وعليه) ؛ أي : الوارث (ان قتلها قيمة المنفعة للوصي) ؛ أي : للموصى له بمنفعتها . قاله في « الانتصار » واقتصر عليه في « الفروع » وقطع به في « المنتهى » . وقال في « الإقناع » : وإن قتلها وارث أو غيره فلهم قيمتها - أي : دون الموصى له - مع أن الأمر ليس كذلك كما علمت ، وكان على المصنف أن يقول خلافا له . والحاصل أن الأمة الموصى بنفعها إما أن يقتلها أجنبي فقيمتها غير مسلوبة المنافع للورثة ، وإما أن يقتلها الوارث فقيمة منفعتها للموصى له بنفعها ، كما نصوا على ذلك ، وإما أن يقتلها الموصى له

بنفعها ، ولم ينبهوا عليه ، والظاهر أن حكمه حكم الأجنبي في أنه يلزمه قيمتها غير مسلوبة المنفعة كما هو ظاهر إطلاقهم ، (و) حيث كان الواجب على الوارث قيمة منفعة موصى له بها ، فالذي (يتجه) دفعها إن علمت ولو تقريبا ، وطريق معرفتها أن تقوم فينظر كم كانت تساوي بمنفعتها وقت قتلها ، ثم تقوم مسلوبة المنفعة ، فلو قومت بمنفعتها بألف ومسلوبتها بمائتين ، فقيمة المنفعة ثمانمائة ، وهي الواجب للموصى له . (و) إن جهل كم كانت تساوي ف(يصطلحان) عليها ؛ لتعذر معرفة القيمة (وإلا) يصطلحان (ف)لا يجبر ممتنع منهما بإبائه كذلك ؛ لأن (مدتها مجهولة) المقدار لا يمكن تقويمها ، فوجب إبقاؤها إلى أن يصطلحا عليها ، وهو متجه (١) .

(وللوصي) ؛ أي : الموصى له بمنفعة أمة (استخدامها حضراً وسفراً) ؛ لأنه مالك منفعتها أشبه مستأجرها للخدمة (وله إجارتها) لأنه يملك نفعها ملكا تاما ، فجاز له أخذ العوض عنه كالأعيان وكالمستأجر (و) له (إعارتها) لأنه إذا ملك النفع جاز له استيفاؤه بنفسه وبمن يقوم مقامه ، وكذا حكم العبد الموصى له بنفعه (وكذا ورثته بعده) لهم استخدامها حضراً وسفراً وإجارتها وإعارتها لقيامهم مقام مورثهم (وليس له) ؛ أي : الموصى له بمنفعة الأمة وطؤها (ولا لوارث) موص (وطؤها) لأن مالك المنفعة ليس بزوج ولا

---

(١) أقول : ذكره الجراعي ، وقرر نحوا مما قرره شيخنا ، وأطال ، وهو خروج عن الظاهر المراد وتكلف ، ولا يخفى ما في ذلك من النظر ، وإنما المراد للمصنف أنهما يصطلحان على القيمة ، وإلا نقل بذلك ، فتحديده متعذر ؛ لأن المدة مجهولة ؛ إذ لا يدرى كم كانت تعيش لولا القتل حيث كان موصى بنفعها أبداً ، ولم أر من صرح به ، وهو ظاهر ، ولعله مراد لغيره ؛ إذ لو لم نقل بذلك كيف يصنع ، فتأمل ، ولو قيل باعتبار العمر الغالب – وهو ما بين الستين الى السبعين كما في الحديث في ذلك – لكان حسنا ، وعلى كل لابد من الصلح على ذلك ، فتدبر . انتهى .

مالك للرقبة ، والوطء لا يباح بغيرهما، ومالك الرقبةلا يملكها ملكا تاما ،ولا يأمن أن تحمل منه ، وربما أفضى إلى هلاكها (ولا حد به) ؛ أي : بوطئها(على واحد منها) للشبهة . قال عبـــد الجليل المواهبي : يعزر كتعزير واطء الأمة المشتركة بمائة إلا سوطا لانها مشتركة . لأحدهما المنفعة وللآخر الرقبة انتهى .

(وما تلده) من واحد منها ؛ فهو (حر) لأنه من وطىء شبهة (وتصير إن كان الواطىء مالكاً لرقبة أم ولد) له بما تلدهمنهلانها علقت منه بحرّ في ملكه، وعليه المهر لمالك النفـــع دون رقبة الولد ، ويجب عليه قيمة الولد ، يأخذ شركاؤه حصتهم منها ؛ لكونه فوته عليهم ، بخلاف مالك المنفعة ، فإنها إن ولدت منه لم تصر أم ولد له ؛ لأنه لا يملكها ، وعليه قيمـة الولد يوم وضعه لمالك الرقبة ، ولا مهر عليه ؛ لأنه لو وجب لكان له ، ولا يجب للانسان على نفسه شيء (وولدها من زوج) لم يشترط حريته (أو) من (زنا له) ؛ أي : لمالك الرقبة ؛ لأن الولد جزء منها، وليس من النفـع الموصى به ، ولا هو من الرقبة الموصى بنفعها ، فكان لمالك الرقبة (ونفقتها) وفطرتها ؛ أي : الموصى بنفعها (على مالك نفعها) قال في « الإنصـاف » : وهو المذهب . صححه في « التصحيح » واختاره الموفق والشارح ، وجزم به في « المنور » و «منتخب الأزجي» قال في « المغني » : لأنه يملك النفع على التأبيد ، فكانت النفقة عليه كالزوج ، ولأن نفعها عليه ، فكان عليه ضرها كالمالك لها جميعها ، يحققه أن إيجاب النفقة على من لا نفع له ضرر مجرد ، فيصير معنى الوصيـة أوصيت لك بنفع أمتي ، وأبقيت على ورثتي ضرها(وكذا كل حيوان موصى بنفعه)؛أي: نفقته على الموصى بنفعه (وإن وصى) رب أمة (لإنسان برقبتها و) وصى لآخر بمنفعتها ، صح) ذلك ؛ لأن الموصى له برقبتها ينتفع بثمنها ممن يرغب في ابتياعها وبعتقها ، وما يترتب عليه ، والموصى له بنفعها ينتفع بها (وصاحب

الرقبـة) ؛ أي : الموصى له بها (كالورثة فيا ذكرنا) من الأحكام ؛ لأنه مالك الرقبة .

تتمة : وإن وصى لرجل بحب زرعه ولآخر بتبنه ؛ صح ، والنفقة بينهما على قدر المالين ، ويجبر الممتنع منهما على الانفاق مع الآخر ؛ لأن الترك ضرر عليهما وإضاعة للمال ، وتكون النفقة بينهما على قدر قيمة حق كل واحد منهمافي الحب والتبن كالشريكين في أصل الزرع .

(وتصح) الوصية لرجل (بخاتم ولآخر بفصه) ؛ أي : الخاتم ؛لأن فيه نفعاً مباحاً (وحرم تصرف واحد) منهما (بلا اذن الآخر) لأنه كالمشترك بينهما (وأيهما طلب قلع فص) من الخاتم (وجبت إجابته) إليه ، وأجبر الآخر عليه لتمييز حقه .

(ومن وصي له بمكاتب صح) لأنه يجوز بيعه ، (وكان) موصى له به (كما لو اشتراه) لأن الوصية تمليك أشبهت الشراء ، فإن أدى ،عتق والولاء له كالمشتري ، وإن عجز عاد رقيقا له ، وإن عجز في حياة الموصي لم تبطل الوصيه؛ لأن رقه لا ينافيها ،وإن أدى إليه بطلت ، ويأتي. فإن قال :إن عجز ورق فهو لك بعد موتي ،فعجز في حياة الموصي؛صحت ، وإن عجز بعد موته بطلت ،وان قال : إن عجز بعد موتي فهو لك ؛ ففيه وجهـــان ، لكن قياس ما تقدم الصحة .

(وتصح) الوصية (بمال الكتابة) كله (وبنجم منها) لأنها تصح بما ليس بمستقر ، كما تصح بما لا يملكه في الحال كحمل الجارية ،وللموصى له الاستيفاء عند حلوله والابراء منه ، ويعتق المكاتب بأحدهما ، والولاء للسيد ؛ لأنــه المنعم عليه ، فإن عجز المكاتب فأراد الوارث تعجيزه ، واراد الموصى له إنظاره أو عكسه ؛ فالحكم للوارث ؛ لأن حق الموصى له إنما يثبت عند قيام العقد والقدرة على الأداء ، فإن عجز كان العقـــد مستحق الازالة ، فيملك الوارث الفسخ

والانظار ، فإن قال لورثته ضعوا عنه بعض كتابته أو بعض ما عليه؛ وضعوا ما شاؤا ؛ لأن اللفظ مطلق . وإن قال : ضعوا عنه أي نجم شاء رجع ذلك الى مشيئته عملا بقول الموصي. وإن قال: ضعوا عنه أكبر نجومه، وضعوا أكثرها مالا ؛ لأنه أكبرها قدرا . وإن قال : ضعوا عنه أكثرها - بالمثلثة - وضعوا عنه أكثر من نصفها، فإن كانت النجوم خمسة، وضعوا منها ثلاثة ، وإن كانت ستة ، وضعوا منها أربعة؛ لأن أكثر الشيء يزيد على نصفه (فلو وصى) له (بأوسطها) ؛ أي : نجومه (أو قال ضعوه) ؛ أي : أوسطها عن المكاتب (والنجوم شفع) متساوية القدر كأربعة أو ستة أو ثمانية (صرف) اللفظ (لشفع متوسط) منها (كثان وثالث من أربعة وثالث ورابع من ستة) ورابع وخامس من ثمانية ، لأنه الوسط . قال في « الانصاف » قال في « القواعد الأصولية » ذكره أبو محمد المقدسي وغيره انتهى .وإن كانت النجوم وتراً متساوية القدر والأجل، كما لو كانت النجوم خمسة ؛ تعين النجم الثالث ، أو كانت النجوم سبعة ؛ تعين الرابع ؛ لأنه أوسطها ، وإن كانت النجوم مختلفة المقدار ، فبعضها مائة ، وبعضها مائتان ، وبعضها ثلاثمائة ؛ فأوسطها المائتان ، فيتعين وضعه ، وإن تعدد .

(و) إن قال موص (ضعوا) عنه (نجما، فما شاء وارث) من النجوم وضعه عنه ، سواء اتفقت النجوم أو اختلفت ؛ لصدق اللفظ بذلك ، كما لو أوصى له بعبد من عبيده . (و) إن قال : ضعوا عنه (أكثر ما عليه ومثل نصفه ؛ وضع) منه (فوق نصفه وفوق ربعه) ؛ أي : ما عليه بحيث يكون نصف الموضوع أولا ، وذلك ثلاثة أرباع وادنى زيادة (و) إن قال : ضعوا عنه (ما شاء من مالها فـ) يجب عليهم وضع (ماشاء منه ،لا) وضع (كله) لأن من للتبعيض . قاله الموفق والقاضي ، وإن قال : ضعوا عنه ما شاء ؛ فالكل يوضع عنه إذا شاء ذلك ، وذلك من الثلث تنفيذاً للوصية ؛ لدخول الشرط على مطلق، وإن قال موص : ضعوا عنه ما عليه ومثله ، فذلك الكتابة

كلها وزيادة عليها ؛ فتصح في الكتابة ، وتبطل في الزيادة ؛ لعدم محلها .

(وتصح) الوصية (برقبته) ؛ أي : المكاتب (لشخص، و) الوصية (لآخر بما عليه) لأن كلاً من الرقبة والدين تصح الوصية [به] مفرداً ، فجاز مجتمعاً (فإن أدى) المكاتب لصاحب وصية المال؛عتق(أو أبرىء)بأن أبرأه الموصى له من مال الكتابة (عتق ، وبطلت الوصية برقبته) لانتفاء شرطها على الصحيح من المذهب. قاله أصحابنا (و) يكون (ولاؤه لسيده) قال في «الشرح» (وإن عجز) المكاتب عن أداء مال الكتابة كله أو بعضه ؛ فهو (رقيق لصاحب الرقبة) عملاً بالوصية (وبطلت وصية صاحب المال فيما بقي) لفوات محلها (وما كان قبضه) الموصى له بالمال (فـ) هو (له) ولا يرجع به عليه (و) إن وصى (بما عليه) ؛ أي: المكاتب من دين الكتابة (للمساكين ووصى الى من) ؛ أي : شخص معين (يقبضه) من المكاتب (ويفرقه) عليهم (فدفعه) ؛ أي : دين الكتابة (مكاتب ابتداء) من غير أن يدفعه لموصى اليه ليوصله (للمساكين ؛ لم يبرأ) بدفعه لهم ؛ لأنه غير مأذون فيه (ولم يعتق) لعدم براءته (وإن وصى) السيد (بدفع المكاتب المال) الذي كاتبه عليه (الى غرمائه) ؛ أي: غرماء السيد (تعين) على المكاتب (القضاء) ؛ أي: قضاء الغرماء (منه) ؛ أي : من المكاتب ؛ لأنه صار وصياً عنه في ذلك .

(ولا تصح) الوصية (بما) ؛ أي : دين (على من) ؛ أي : مكاتب (كوتب) على شيء مجهول كثوب أو فرس لصيرورة العقد على العوض المجهول (فاسداً) فلم تصح الوصية به ؛ لأنه لا شيء في الذمة يوصي به ، فإن قال : أوصيت لك بما أقبضه من مال الكتابة ؛ صح ؛ لأن الأداء في الفاسدة كالأداء في الصحيحة ، من ترتب العتق عليه . وإن وصى برقبته ، صح لأنه اذا صح في الصحيحة ، ففي الفاسدة أولى (و) اذا قال : (اشتروا بثلثي رقاباً وأعتقوها ؛ لم يجز صرفه للمكاتبين) لأنه أوصى بالشراء لا بالدفع إليهم ، وإن اتسع الثلث لثلاثة ؛ لم يجز شراء أقل منها ، فإن قدر أن يشتري أكثر من ثلاثة فهو أفضل ، وإن أمكن شراء ثلاثة رخيصة وحصة من رابع ،فثلاثة غالية أولى ، ويقدم من به ترجيح

من عفة ودين وصلاح ، ولا يجزىء إلا رقبة مسلمة سالمة من العيوب كالكفارة ، وإن وصى بكفارة أيمان فأقله ثلاثة نصاً ؛ لأنه أقل الجمع ، نقله حنبل ، واقتصر عليه .

(فصل : وتبطل وصية بمعين بتلفه) قبل موت موص أو بعده (قبل قبول) موصى له لأنه إنما يستحق المعين ، فإذا ذهب المعين زال حقه ، و (لا) تبطل (بإتلافه) ؛ أي : إتلاف وارث أو غيره الموصى به (إن قبله) الموصى له — ولو بعد الإتلاف — فإن على متلفه ضمانه له (وإن تلف المال كله غيره) ؛ أي: غير المعين الموصى به (بعد موت موص ف)الموصى به كله (لموصى له) لأن حقوق الورثة ؛ لم تتعلق به ؛ لتعيينه للموصى له ، بدليل أنه يملك أخذه بغير رضاهم ، فتعين حقه فيه دون سائر ماله. قال ابن حمدان : إن كان عند الموت قدر الثلث أو أقل ، وإلا ملك منه بقدر الثلث (وإن) ترك الموصى له الموصى به زماناً و (لم يقبله حتى غلا أو) حتى (نما) بأن صار ذا صفة زادت بها قيمته (قوم) بالبناء للمفعول ؛ أي: اعتبرت قيمته لينظر ، أيخرج من الثلث أو لا يخرج (حين موت) موص على المذهب ؛ لأنه حال لزوم الوصية ، فتعتبر قيمة المال فيه . قال في «المبدع» بغير خلاف نعلمه (لا حين (قبول) هو تأكيد ، فينظر كم كان الموصى به وقت الموت ، فإن كان ثلث التركة أو دونه ؛ استحقه الموصى له ، وإن زادت قيمته حتى صارت مثل المال أو أكثر ، أو هلك المال سواه ؛ اختص به ، ولا شيء للورثة ، وتقدم . وإن كان حين الموت زائداً على الثلث فللموصى له منه بقدر الثلث ، وإن كان نصف المال فله ثلثاه ، وإن كان ثلثيه فله نصفه ، وإن كان ثلث المال ونصفه فله خمساه ، فإن نقص بعد ذلك أو زاد أو نقص سائر المال ، أو زاد ؛ فليس للموصى له إلا ما كان له حين الموت ، فلو وصى بعبد قيمته ثلاثة دنانير مثلًا (وله) مال غير العبد قدره (ستة) دنانير (فزادت قيمته) ؛ أي : العبد (بعد موت) الموصي (ستة) دنانير ، فصار يساوي تسعة دنانير (فهو) ؛ أي :

العبد كله (لموصى له) لأن الزيادة حدثت في العبد بعد موت الموصي، فاستحقها الموصى له (وإن كانت قيمته)؛أي:العبد (حين موت) موص (ستة) دنانير مثلاً (فله) ؛ أي : الموصى له (ثلثاه) ؛ أي : ثلثا العبد ، وهما أربعة دنانير في المثال (وإن نقصت قيمته) ؛ أي : (حين موت) موص ؛ بأن صار يساوي دينارين (فـ) النقص الحاصل محسوب (عليه)؛أي:على الموصى له، لأن من كان له غنم شي فعليه غرمه (وإن لم يكن لموص) بعين مال(سواه إلا دين)بذمة موسر أو معسر (أو) إلا مال (غائب) عن بلده (فلموصى له ثلث ما وصى به) يسلم إليه وجوباً؛ لاستقرار حقه فيه ؛ إذ لا فائدة في وقفه كما لو لم يخلف سواه ، وليس له أخذ المعين قبل قدوم الغائب وقبض الدين ؛ لأنه ربما تلف فلا تنفذ الوصية في المعين كله (وكلما اقتضى) من الدين شيء (أو حضر) مَن المال الغائب (شيء ملك) موصى له بالعين (من موصى به قدر ثلثه) ؛ أي : ما اقتضى أو حضر (حتى يتم) ملكه عليه إن حصل من الدين أو الغائب مثلا المعين ؛ لأنه موصى له به، وقد خرج من ثلثه ، وإنما منع قبل ذلك ؛ لأجل حق الورثة ، وقد زال .فلو خلف ابناً وتسعة عيناً أوصى بها لشخص وعشرين ديناراً ديناً؛فللموصى له ثلثها ثلاثة ، فإذا اقتضى ثلاثة فله من التسعة واحد، وهكذا حتى يقتضي ثمانية عشر، فتكمل له التسعة ، وإن تعذر استيفاء الدين فالستة الباقية للابن ، ولو كان الدين تسعة، فالابن يأخذ ثلث العين، والموصى له ثلثها ، ويبقي ثلثها موقوفاً ، كلما استوفى من الدين شيئاً ، فللموصى له من العين قدر ثلثه ، فاذا استوفى الدين ، كمل للموصى له ستة وهي ثلث الجميع ، وإن كانت الوصية بنصف العين ، أخذ الموصى له ثلثها والابن نصفها،ويبقي سدسها موقوفاً ، فمتى اقتضى من الدين ثلثيه ؛ كملت وصيته (وكذا حكم مدبر)؛ أي : يعتق في الحال ثلثه ، وكلما اقتضى من الدين شيء أو حضر من الغائب عتق منه بقدر ثلثه حتى يعتق جميعه إن خرج من الثلث ، وكذا لو كان الدين على أخوي الميت — ولا مال له غيره — فكلما أدى من نصيب أخيه شيئاً برىء من نظيره ، ولا يبرأ قبله

(ومن وصي له بثلث نحو عبد) كثلث دار ونحوها (فاستحق ثلثاه، فله)؛أي : الموصى له (ثلثه الباقي) من العبد ونحوه الذي لم يخرج مستحقاً (إن خرج من الثلث) لأنه موصى به - وقد خرج من الثلث - فاستحقه موصى له به ، كما لو كان شيئاً معيناً ، و كذا لو وصى بثلث صبرة من نحو بر أو ثلث دن" زيت ونحوه ، فتلف أو استحق ثلثا ذلك (وإلا) بأن لم يخرج من الثلث ، ولم يكن له مال غيره (فله ثلث الثلث) من العبد (إن لم تجز الورثة و) إن وصى له (بثلث ثلاثة أعبد ، فاستحق اثنان ، أو ماتا فله ثلث) العبد (الباقي) لاقتضاء الوصية أن يكون له من كل عبد ثلثه ، وقد بطلت الوصية فيمن مات أو استحق ؛ فبقي له ثلث الباقي (و) من وصى لشخص (بعبد) معين (قيمته مائة و) وصى (لآخر بثلث ماله وملكه غيره)؛أي : العبد (مائتان) فأجيز لهما؛ انفرد صاحب المشاع بوصيته من غير المعين ، ثم شارك صاحب المعين فيه ، فيقسم بينهما على قدر حقهما فيـه ، ويدخل النقص على كل واحـد منهما بقدر وصيته ؛ كمسائل العول ، وقد نبه عليه بقوله (فأجاز الورثة) الوصيتين(فللموصى له بالثلث ثلث المائتين)وهو ستة وستون، وثلثان لا يزاحمه الآخر فيها (و) له (ربـع العبد) لدخوله في المـال الموصى له بثلثه مع الوصية بجميعه للآخر ، (و) طريق ذلك بأخذ (بسط الكامل من جنس الكسر) ؛ أي : الثلث يصير العبد ثلاثة (وضمه)؛ أي : الثلث الموصى به (اليـــه) يصير أربعـة ، فإذا قسم يصير الثلث ربعاً (كمسائل العول) فيخرج لصاحب الثلث ربع (وللموصى له به) ؛ أي : العبد (ثلاثة أرباعه) لمزاحمة الموصى له بالثلث في العبد بالربـع ، ثم انتقل الى حال الرد فقـال :

(وإن ردوا) ؛ أي : الورثة الوصية بالزائد على الثلث في الوصيتين ؛ فالثلث بينهما نصفين؛ لتساوي وصيتهما بالثلث؛ لأن العبد قيمته مائة، وثلث جميع المال مائة ، فيكون الثلث بينهما نصفين ، إلا أن الموصى له بالعبد يأخذ نصيبه

كله منه ، والموصى له بالثلث يأخذ من جميع المال سدسه (فلموصى له بالثلث سدس المائتين) ثلاثة وثلاثون وثلث (وسدس العبد ، ولموصى له به) ؛ أي ؛ العبد (نصفه) لما تقدم. (و) إن وصى (بالنصف مكان الثلث) مع الوصية للآخر بالعبد (وأجازوا) ؛ أي: الورثة الوصيتين (فله) ؛ أي : صاحب النصف (مائة) لأنها نصف المائتين اللتين لا مزاحم له فيها (و) له (ثلث العبد) لأنه موصى له بنصفه ؛ لدخوله في جملة المال ، وموصى للآخر بكله، وذلك نصفان ونصف ، فاقسمه على ثلاثة يرجع النصف الى الثلث (لأن له) ؛ أي : الموصى له (نصفه) ؛ أي : العبد ؛ لدخوله في جملة المال (وللآخر كله) ؛ أي : العبد (وذلك) ؛ أي: الكل (نصفان ونصف فـ) اذا قسمه على ثلاثة (يرجع الى ثلث ، ولموصى له) بالعبد (ثلثاه) لرجوع كل نصف الى ثلث (وإن ردوا) ؛ أي : الورثة الوصية لهما بزائد على الثلث ؛ قسم الثلث — وهو مائتان وخمسون ، قيمة العبد مائة ، ونصف المال مائة وخمسون — بينهما على خمسة، بسط النصف والثلث (فلصاحب النصف خمس المائتين و) خمس (العبد) ستون من ثلاثمائة، وذلك خمسا وصيته (ولصاحبه)؛أي:العبد(خمساه) أربعون من ثلاثمائة،وذلك خمسا وصيته(والطريق فيها)؛ أي:في المسألتين (أن تنسب الثلث،وهو مائة الى وصيتهما جميعاً،وهما) ؛ أي : الوصيتان (في) المسألة (الأولى مائتان) لأنهما بالعبد وقيمته مائة ، وبثلث المال — وهو مائة — فيكون نصفاً،(وفي)المسألة (الثانية مائتان وخمسون) لأنهما بالعبد وقيمته مائة وبنصف المـــال ، وهو مائة وخمسون ، فيكون خمسين (ويعطى كل واحد) من الموصى لهما (من وصيته مثل تلك النسبة) فنسبة الثلث الى الوصيتين في الاولى نصف كما تقدم ، وفي الثانية خمسان ؛ لأن الوصيتين فيها بنصف وثلث ، وذلك مائتان وخمسون ، والمائة خمسا ذلك (ولو وصى لشخص بثلث ماله ولآخر بمائة ، ولثالث بتمام الثلث على المائة ، فلم يزد الثلث عن مائة) بأن كان المال ثلاثمائة (بطلت وصية صاحب التمام) لأنها لم تصادف محلاً، كما لو

وصى له بداره – ولا دار له – (و) قسم (الثلث) ؛ أي : ثلث مال الموصي (مع الرد) من الورثة للزائد على الثلث (بين الآخرين) ؛ أي : الموصى له بالثلث، والموصى له بالمائة (على قدر وصيتهما) بالمحاصة (لكل واحد) منهما (خمسون) إن رد الورثة، فلو كان الثلث مائة مثلاً (فكأنه أوصى بمائة و) بـ(مائة) فيقسم الثلث بينهما نصفين، ولو كان الثلث خمسين، كأن أوصى بمائة وبخمسين ؛ فيقسم الثلث بينهم أثلاثاً، ولو كان الثلث أربعين ؛ قسم بينهما أسباعاً، للموصى له بالمائة خمسة أسباعه، وللموصى له بالثلث سبعاه (وإن زاد الثلث عنها) ؛ أي : المائة، بأن كان المال أكثر من ثلاثمائة، صحت وصية صاحب التمام أيضاً، ثم ينظر (فـ) إن (أجازت الورثة) لهم (نفذت) الوصية (على ما قال) الموصي ؛ لأنه [لا] مانع من ذلك، فلو كان الثلث مثلاً مائتين أخذهما الموصى له بالثلث، وأخذ كل واحد من الآخرين مائة (وإن ردوا) ؛ أي : الورثة (فلكل) واحد من الموصى لهم (نصف وصيته) سواء جاوز الثلث مائتين أو لا ؛ لأن وصية المائة وتمام الثلث مثل الثلث [وقد أوصى مع ذلك بالثلث، فصار كأنه وصى بالثلثين، فيردان الى الثلث] ؛ لرد الورثة الزائد عليه، فيدخل النقص على كل منهم بالنصف بقدر وصيته، فترد وصيته الى نصفها (وان ترك ستمائة ووصى لأجنبي بمائة و) وصى (لآخر بتمام الثلث؛ فلكل واحد منهما مائة، وإن رد الأول وصيته فللآخر مائة) كما لو لم يرد (وإن وصى للأول بمائتين و) وصى (للآخر بباقي الثلث فلا شيء له) ؛ أي : للثاني ؛ لأنه لا يبقى بعد المائتين من الثلث شيء فلم يوص له بشيء (ولو رد الأول) لأنه لا عبرة برد الأول ولا قبوله (ولو وصى لشخص بعبد و) وصى (لآخر بتمام الثلث عليه) ؛ أي : العبد (فمات العبد قبل) موت (الموصي) بطلت الوصية و(قومت التركة) عند الموت (بدونه) ؛ أي : العبد اعتباراً بحال موت الموصي (ثم ألقيت قيمته) ؛ أي : العبد (من ثلثها) ؛ أي : التركة ؛ لأن الموصي (كأنه جعل له) تتمة (الثلث) بعد العبد، فقد جعل له

الثلث (إلا قيمة العبد، فما بقي) من الثلث بعد إلقاء قيمته منه (فهو لوصية صاحب التام) كما لو استثنى من الثلث قدراً معلوماً، وإن لم يبق منه شيء؛ فلا شيء له؛ ولو وصى لشخص بثلث ماله، ويعطى لزيد منه كل شهر مائة حتى يموت؛ صح، فإن مات وبقي شيء فهو للأول. نص عليه، ذكره في «المبدع».

﴿ باب الوصية بالأنصباء والأجزاء ﴾

الأنصباء: جمع نصيب كالأنصبة، وهو الحظ من الشيء، وأنصبه جعل له نصيباً، وهم يتناصبونه؛ أي: يقتسمونه، والأجزاء جمع جزء [وهو] الطائفة من الشيء. والجزء - بالفتح - لغة، وجزأت الشيء جزءاً، وجزأته تجزئة جعلته أجزاء، وقال ابن سيده: جزّء المال بينهم مشددا لا غير: قسمه، وعبر عن هذا الباب في «المحرر» بـ: باب حساب الوصايا، وفي «الفروع» باب عمل الوصايا، والغرض منه العلم بنسبة ما يحصل لكل واحد من الموصى لهم الى أنصباء الورثة إذا كانت الوصية منسوبة الى جملة التركة، أو إلى نصيب أحد الورثة، ولذلك طرق نبين ما تيسر منها، وتنقسم مسائل هذا الباب ثلاثة أقسام، قسم في الوصية بالأنصباء، وقسم في الوصية بالأجزاء، وقسم في الجمع بين النوعين، وتأتي مرتبة.

فالقسم الأول هو المشار اليه بقوله: (من وصي له بمثل نصيب وارث معين) بالتسمية، كقوله: وصيت له بمثل نصيب ابني فلان، أو الإشارة، كابني هذا، أو يذكر نسبته منه، كقوله: ابن من بنيّ أو بنت من بناتي ونحوه، أو وصى له بنصيب الوارث المعين (فله)؛ أي: الموصى له (مثله)؛ أي: مثل نصيب ذلك الوارث بلا زيادة ولا نقصان، ولو كان الوارث مبعضاً فله مثل ما يرثه بجزئه الحر (مضموماً الى المسألة)؛ أي: مسألة الورثة لو لم تكن وصية، وعلم

منه صحة الوصية؛ لما روى ابن أبي شيبة عن أنس أنه أوصى بمثل نصيب أحد ولده، ولأن المراد تقدير الوصية، فلا أثر لذكر الوارث، وفيما اذا أوصى بنصيب أبيه ونحوه المعنى بمثل نصيبه؛ صوناً للفظ عن الإلغاء، فإنه ممكن الحمل على المجاز بحذف المضاف وإقامة المضاف اليه مقامه، ومثله في الاستعمال كثير. وأيضاً، فبعد حصول نصيب الابن للغير، فيتعين الحمل على اضمار لفظ المثل (فـ) من وصى (بمثل نصيب ابنه وله ابنان) وارثان، (فـ) لموصى له بذلك (ثلث) جميع المال؛ لأنه جعل وارثه أصلا وقاعدة، وحمل عليه نصيب الموصى له، وجعله مثلًا له، وذلك يقتضي أن لا يزاد أحدهما على صاحبه (و) لو كان لموص بمثل نصيب ابنه (ثلاثة) بنين (فـ) لموصى له (ربع) فتصير المسألة من أربعة (فإن كان معهم)؛ أي: البنين الثلاثة (بنت) للموصي؛ (فـ) لموصى له (تسعان؛ لأن مسألتهم)؛ أي: الورثة (بدونه)؛ أي: بدون الموصى له (من سبعة) لكل ابن سهمان، وللبنت سهم (ويزاد عليها)؛ أي: المسألة (نصيبه)؛ أي: نصيب الموصى له سهمان، فتصير تسعة، لكل ابن تسعان، وللبنت تسع، وللموصى له تسعان (فـ) إن وصى له (بنصيب ابنه) ولم يقل: مثل؛ صحت الوصية أيضاً كما لو أتى بلفظ مثل، فيكون على حد قوله تعالى: «واسأل القرية»[1] (فـ) لموصى (له) بنصيب الابن (مثل نصيبه) لأنه أمكن حذف المضاف وإقامة المضاف اليه مقامه. (و) إن وصى له (بمثل نصيب بنته وليس له سواها فـ) لموصى (له النصف)؛ لأنها تأخذ المال كله بالفرض والرد على المذهب (و) ان وصى له (بمثل نصيب ولده وله ابن وبنت، فله)؛ أي: الموصى له (مثل نصيب البنت) لأنه المتيقن، وإن خلف بنتين ووصى بمثل نصيب إحداهما؛ فله ثلث، ولهما ثلثان كذلك، وإن خلف جدة أو أخاً لأم، وأوصى بمثل نصيبه؛ فقياس قولنا المال بينهما نصفين (و) إن وصى (لثلاثة بمثل أنصباء بنيه الثلاثة، فـ) التركة (بينهم على ستة إن أجازوا)؛ أي: الأبناء (و) تكون التركة بينهم (من تسعة ان ردوا)؛ أي:

---

(١) سورة يوسف، الآية: ٨٢

الأبناء الثلاثة (و) إن وصي (بضعف نصيب ابنه فـ) لموصى له (مثلام) ؛ أي: الابن ؛ لقوله تعالى: « إذاً لأذقناك ضعف الحياة وضعف الممات »[1] وقوله: «فأولئك لهم جزاء الضعف بما عملوا»[2] وقوله: « وما آتيتم من زكاة تريدون وجه الله فأولئك هم المضعفون »[3] ويروى عن عمر أنه أضعف الزكاة على بني تغلب ، فكان يأخذ من المائتين عشرة . قال الأزهري : الضعف المثل فما فوقه، فأما قوله: إن الضعفين المثلان. فقد روى ابن الأنباري عن هشام ابن معاوية النحوي قال : إن العرب تتكلم بالضعف مثنى ، فتقول : إن أعطيتني درهماً فلك ضعفاه أي: مثلاه، وإفراده لا بأس به ، إلا أن التثنية أحسن. (و) إن وصى (بضعفيه) ؛ أي : ضعفي نصيب ابنه ؛ فلموصى له بذلك (ثلاثة أمثاله ، و) إن وصى (بثلاثة أضعافه فله أربعة أمثاله ، وهلم جرا) ؛ أي : كلما زاد ضعفاً زاد مثلاً ؛ لأن التضعيف ضم الشيء الى مثله مرة بعد أخرى. قال أبو عبيدة معمر بن المثنى :ضعف الشيء هو ومثله ، وضعفاه ، هو ومثلاه ، وثلاثة أضعافه أربعة أمثاله ، ولولا أن ضعفي الشيء ثلاثة أمثاله ، لم يكن فرق بين الوصية بضعف الشيء وبضعفيه ، والفرق بينهما مراد ومقصود ، وإرادة المثلين من قوله تعالى: «يضاعف لها العذاب ضعفين»[4] إنما فهم من لفظ يضاعف ؛ لأن التضعيف ضم الشيء الى مثله ، فكل من المثلين المنضمين ضعف ، كما قيل لكل واحد من الزوجين: زوج، والزوج هو الواحد المضموم الى مثله .

(و) إن وصى (بمثل نصيب من لا نصيب له ، كمحجوب) عن ميراثه (بوصف) ككونه رقيقاً ، أو مخالفاً لدين المورث (أو) محجوباً (بشخص) كأن يكون أخاً مع وجود الابن (فلا شيء له) لأن المحجوب لا شيء له ، فمثله لا شيء له .

---

(١) سورة الاسراء ، الآية : ٧٥ (٢) سورة سبأ ، الآية : ٣٧

(٣) سورة الروم ، الآية : ٣٩ (٤) سورة الاحزاب ، الآية : ٣٠

(و) إن وصى (بمثل نصيب أحد ورثته ولم يسمه) ؛ أي: يعينه، كما لو قال: أوصيت لفلان بمثل نصيب أحد ورثتي ؛ فله مثل ما لأقلهم ؛ لأنه المتيقن، وما زاد مشكوك فيه، أو وصى له بمثل نصيب أقلهم ميراثاً (فله) ؛ أي: الموصى له (مثل ما لأقلهم) ميراثاً ؛ عملا بوصيته، (ف) لو كان الموصى له بذلك (مع ابن وأربع زوجات) فمسألة الورثة (تصح من اثنين وثلاثين) لأن أصلها ثمانية. للزوجات سهم عليهن لا ينقسم ولا يوافق، فاضرب عددهن في ثمانية تبلغ ذلك (لكل زوجة) من ذلك (سهم) وللابن ثمانية وعشرون (ويزاد للوصي) ؛ أي: الموصى له (سهم) على المسالة (فتصير من ثلاثة وثلاثين) للموصى له سهم، ولكل امرأة سهم، وللابن ما بقي، (و) إن قال: أوصيت لزيد (بمثل نصيب أكثرهم ميراثا فله) مثل نصيب أكثرهم إن خرج من الثلث، أو أجيز مضافاً الى المسألة فيكون له (في هذه المسألة ثمانية وعشرون، و) مثل نصيب الابن، لأنه أكثرهم (تضم للمسألة) اثنين وثلاثين (فتبلغ) المسألة (ستين) سهما مع الإجازة، ومع الرد له الثلث، والثلثان للورثة، وتصح من ثمانية وأربعين، للوصية ستة عشر، وللورثة اثنان وثلاثون. وطريقه أن مسألة الرد من ثلاثة، للموصي له واحد، يفضل اثنان على مسألة الورثة، وهي اثنان وثلاثون لا تنقسم عليها وتوافقها بالنصف، فرد الاثنين والثلاثين الى نصفها ستة عشر، واضرب ثلاثة مسألة الرد في الستة عشر تبلغ ذلك (و) إن وصى لزيد مثلاً (بمثل نصيب وارث لو كان) موجوداً (فله) ؛ أي: الموصى له بذلك مع عدم الوارث المقدر وجوده (مثل ماله لو كانت الوصية وهو موجود) بأن ينظر ما يكون للموصى له مع وجود الوارث، فيكون له مع عدمه، وطريق ذلك أن تصحح مسألة عدم الوارث، ثم تصحح مسألة وجود الوارث، ثم تضرب إحداهما في الأخرى، ثم تقسم المرتفع من الضرب على مسألة وجود الوارث، فما خرج بالقسمة أضفه الى ما ارتفع من الضرب، فيكون للموصى له، واقسم المرتفع بين الورثة (فلو كانوا) ؛ أي: الورثة (أربعة بنين) ووصى بمثل نصيب وارث لو كان، فمسألة عدمه أربعة، ومسألة وجوده خمسة، وهما متباينتان، فاضرب أربعة في خمسة تبلغ عشرين، اقسمها

على مسألة وجوده مخرج أربعة، أضفها الى العشرين تصير أربعة وعشرين (فلموصى له) منها (السدس) وهو أربعة ولكل ابن خمسة (ولو كانوا)؛ أي: الأبناء (ثلاثة) ووصى بمثل نصيب رابع لو كان، فمسألة عدمه من ثلاثة، ووجوده من أربعة، وحاصل ضربها اثني عشر، والخارج بقسمتها على أربعة ثلاثة، فردها على الاثني عشر تكن خمسة عشر، ومنها تصح؛ (فـ) للموصى له منها (خمس) وهو ثلاثة، ولكل ابن أربعة، (و) إن وصى بمثل نصيب وارث لو كان وله ابنان (اثنان) فمسألة وجوده من ثلاثة، ومسألة عدمه من اثنين، وحاصل ضرب الاثنين في ثلاثة بستة، زد عليها مثل نصيب ما لأحدهم تبلغ ثمانية؛ (فـ) للموصى له (ربع) وهو اثنان، ولكل ابن ثلاثة (ولو كانوا)؛ أي: أبناء الموصي (أربعة فأوصى بمثل نصيب أحدهم الا مثل نصيب ابن خامس لو كان، فقد أوصى له بالخمس إلا السدس بعد الوصية، فيكون له سهم يزاد على ثلاثين) سهما حاصلة من (ضرب خمسة في ستة) لأن الموصي استثنى السدس من الخمس، فإذا ضربت أحدهما في الآخر كان ثلاثين، خمسها ستة، وسدسها خمسة، فإذا طرحت الخمسة من الستة بقي سهم للموصى له (فإذا أخذه) الموصى له (فالثلاثون لا تنقسم على أربعة وتوافق بالنصف) فرد الاربعة الى اثنين (واضرب الاثنين في ثلاثين بستين، فزد عليها سهمين تصح من اثنين وستين، له)؛ أي: الموصى له (منها سهمان ولكل ابن خمسة عشر) سهماً وان قال من له أربعة أبناء: أوصيت لزيد بمثل نصيب ابن خامس لو كان إلا مثل نصيب ابن سادس لو كان، فقد أوصى له بالسدس إلا السبع، وهو سهم من اثنين وأربعين سهما، وطريقه أن تضرب مخرج أحدهما في مخرج الآخر ستة في سبعة تكن اثنين وأربعين، سدسها سبعة، أسقط منه السبع ستة يبقي سهم للوصية، فيزداد ذلك السهم على الاثنين وأربعين سهما، يجتمع ثلاثة وأربعون، للموصى له سهم والباقي للبنين الأربعة لا ينقسم، ويوافق بالنصف، فرد [الاربعة] الى نصفها اثنين، واضربهما في ثلاثة وأربعين، فتصح

من ستة وثمانين ، للموصى له سهمان ، ولكل ابن أحد وعشرون سهما . (ولو كانوا) ؛ أي : بنو الموصي (خمسة فوصى بمثل نصيب أحدهم إلا مثل نصيب ابن سادس لو كان ، فقد أوصى له بالسدس إلا السبع) بعد الوصية ، فاضرب أحد المخرجين في الآخر يخرج اثنان وأربعون ، سدسها سبعة ؛ بقي سهم ؛ فهو للوصية (فيكون) للموصى (له سهم يزاد على اثنين وأربعين) مبلغ (ضرب) أحد المخرجين وهو (ستة في) المخرج الآخر وهو (سبعة ، وتصح من (مائتين وخمسة عشر) لأن الباقي للورثة اثنان وأربعون على خمسة تباينها ، فتضرب الخمسة في الثلاثة والأربعين يحصل ذلك (لموصى له خمسة) لأنها حاصل ضرب الواحد في الخمسة (و) للبنين الباقي (لكل ابن) منهم (اثنان وأربعون . ولو خلفت) المرأة (زوجاً وأختاً) شقيقة أو لأب (وأوصت بمثل نصيب أم لو كانت ؛ فلموصى له الخمس مضافاً لأربعة ؛ لأن للأم الربع لو كانت) وتعول المسألة الى ثمانية ، للأم سهمان ، وللزوج ثلاثة ، وللأخت ثلاثة ، فزد عليها سهمين مثل ما للأم للموصى له ؛ تكن عشرة ، وللموصى له سهمان ، يبقي ثمانية ، للزوج أربعة ، وللأخت أربعة ، ثم ترد نصيب كل واحد منهم الى نصفه للموافقة ، فيجعل للموصى له سهم مضافاً الى أربعة الورثة ، وللزوج سهمان وللأخت سهمان ، يكون ما للموصى له خمساً لما علمت .

(فصل : في الوصية بالأجزاء) وهذا الفصل يذكر فيه القسم الثاني من مسائل هذا الباب (من وصي) - بالبناء للمفعول - (له بجزء أو حظ أو نصيب أو قسط أو شيء ، فلورثته أن يعطوه) ؛ أي : الموصى له بأحد هذه (ما شاؤوا) لأن كل شيء جزء ونصيب وحظ وشيء ، و كذا لو قال : أعطوا فلاناً من مالي أو ارزقوه ؛ لأن ذلك لا حد له لغة ولا شرعا ، فهو على إطلاقه (من متمول) لأن القصد بالوصية بر الموصى له ، وإنما وكل قدر الموصى به وتعينه إلى الورثة ، وما لا يتمول شرعاً لا يحصل به المقصود (و) إن وصى (بسهم من ماله فله) ؛

أي : الموصى له بالسهم (سدس بمنزلة سدس مفروض) لما روى ابن مسعود : « أن رجلا أوصى لرجل بسهم من ماله فأعطاه النبي صلى الله عليه وسلم السدس ». ولأن السهم في كلام العرب السدس ، قاله إياس بن معاوية ، فتنصرف الوصية اليه كما لو لفظ به ، ولأنه قول علي وابن مسعود ولا مخالف لهما من الصحابة ، ولأن السدس أقل سهم مفروض يرثه ذو قرابة ، فتنصرف الوصية اليه (إن لم تكمل فروض المسألة) كأم وبنتين، مسألتهم من ستة، وترجع بالرد الى خمسة، ويزاد عليها السهم الموصى به ؛ فتصح من ستة ، للموصى له سهم ، وللأم سهم ، ولكل بنت سهمان (أو كانت الورثة عصبة) كخمسة بنين مع الوصية بسهم، فله سدس ، والباقي للبنين (وإن كملت) فروض المسألة (أعيلت به) ؛ أي : السدس (كزوج وأخت لأبوين) أو لأب مع وصية بسهم من ماله ، (فـ)إنها تعول إلى سبعة ، و(يعطى) الموصى له (السبع) واحد من سبعة ، والزوج ثلاثة، والأخت ثلاثة من السبعة (وإن عالت) المسألة بدون السهم الموصى به (أعيل معها) بالسهم الموصى به (كما لو كان معهما) ؛ أي : الزوج والأخت (جدة) زاد عولها بالسهم الموصى به (فيعطى) الموصى له (الثمن) والجدة سهما ، وكل من الزوج والأخت ثلاثة ثلاثة . قال أحمد في رواية ابن منصور : فكان معنى الوصية: أوصيت لك بسهم من يرث السدس انتهى . وإن خلف زوجة وخمسة بنين فأصلها ثمانية، وتصح من أربعين ، فيزاد عليها مثل سدسها — ولا سدس لها — فتضرب بها في ستة تبلغ مائتين وأربعين ، وتزيد على الحاصل سدسه، وهو أربعون، تبلغ مائتين وثمانين، للموصي له بالسهم أربعون ، وللزوجة ثلاثون ؛ لأن لها من الأربعين خمسة مضروبة في ستة عدد الرؤوس ، ولكل ابن اثنان وأربعون ؛ لأن له سبعة من الأربعين مضروبة في ستة . وإن وصى لانسان بسدس ماله ، ولآخر بسهم منه ، وخلف أبوين وابنتين ؛ جعلت ذا السهم كالأم ، وأعطيت صاحب السدس سدساً كاملا ، وقسمت الباقي بين

الورثة، والموصى له بالسهم على سبعة؛ فتصح من اثنين وأربعين. لصاحب السدس سبعة، ولصاحب السهم خمسة. قدمه في «المغني» (و) إن كانت الوصية (بجزء معلوم كثلث أو ربع تأخذه من مخرجه) ليكون صحيحاً (فتدفعه إليه)؛ أي: إلى الموصى له به (وتقسم الباقي على مسألة الورثة) لأنه حقهم، فمن أوصى بثلثه وله ابنان، فالمسألة من ثلاثة، وإذا كانوا ثلاثة بنين، ووصى بربعه، فالمسألة من أربعة، وإن وصى بخمسة، وخلف زوجة وأختا؛ صحت من خمسة، وبتسعة. وخلف زوجة وسبع بنين؛ صحت من تسعة (إلا أن يزيد) الجزء الموصى به (على الثلث) كالنصف (ولم تجز) الورثة الزائد (فيفرض له)؛ أي: الموصى له (الثلث، وتقسم الثلثين على مسألة الورثة) كما لو وصى له بالثلث فقط، فلو وصى له بالنصف، وله ابنان فردا؛ فللموصى له الثلث، والباقي للابنين، وتصح من ثلاثة (فإن لم ينقسم) الباقي بعد الثلث على مسألة الورثة (ضربت المسألة)؛ أي: مسألة الورثة إن باينها الباقي، (أو) ضربت (وفقها) إن وافقها الباقي (في مخرج الوصية، فما بلغ فمنه تصح) مثال المباينة ما لو وصى بنصف وله ثلاثة بنين فردوا، مخرج الوصية من ثلاثة، للموصى له سهم منها، يبقى اثنان تباين عدد البنين، فاضرب ثلاثة في ثلاثة تصح من تسعة، ومثال الموافقة لو كان البنون أربعة فقد بقي له سهمان توافق عددهم بالنصف، فردهم إلى نصفهم اثنين، واضربها في ثلاثة؛ تصح من ستة. للموصى له سهمان، ولكل ابن سهم، (و) إن وصى (بجزئين) كثمن وتسع؛ أخذتها من مخرجها سبعة عشر، وهي لا تنقسم، فاضرب ثمانية في تسعة تبلغ اثنين وسبعين، ومنها تصح، فأعط لصاحب الثمن تسعة، ولصاحب التسع ثمانية يبقي خمسة وخمسون تدفع للورثة (أو) وصى (بأكثر) من جزئين كثمن وتسع وعشر (تأخذها)؛ أي: الكسور (من مخرجها) الجامع لها وذلك سبعة وعشرون، وهي لا تنقسم،

فاضرب الثمانية في التسعة تبلغ اثنين وسبعين ؛ ثم اضرب ذلك في عشر تبلغ سبعمائة وعشرين ومنها تصح ، فأعط للموصى له بالثمن تسعين ، وللموصى له بالسبع ثمانين ، وللموصى له بالعشر اثنين وسبعين (وتقسم الباقي) وهو أربعمائة وثمانية وسبعين (على المسألة) ؛ أي : مسألة الورثة ، فإن لم ينقسم فعلى ما تقدم (فإن زادت) الأجزاء الموصى بها (على الثلث ، ورد الورثة) الزائد (جعلت السهام الحاصلة للأوصياء) وهي بسط الكسور من مخرجها (ثلث المال) ليقسم عليهم بلا كسر (وقسمت الثلثين على الورثة) ان انقسم ، وإلا فعلى ما تقدم، سواء كان في الموصى لهم من جاوزت وصيته الثلث أو لا ، وتقدمت الإشارة إليه (فلو وصى لرجل بثلث ماله و) وصى (لآخر بربعه وخلف ابنين ، أخذت الثلث والربع من مخرجهما سبعة من اثني عشر) لأن مخرج الثلث من ثلاثة والربع من أربعة ، وثلاثة وأربعة متباينان ، ومسطحهما اثنا عشر ، فهي المخرج ، وثلثها أربعة وربعها ثلاثة ؛ فمجموع البسطين سبعة للوصيين (يبقى خمسة للابنين ان أجازا) للوصيين ، لا تنقسم عليهما وتباين عددهما ، فاضرب اثنين في اثني عشر (وتصح من أربعة وعشرين) ثم اقسم ؛ فللموصى له بالثلث ثمانية ، والربع ستة ، وللابنين عشرة ، لكل ابن خمسة (وإن ردا) ؛ أي : الابنان الوصيتين (جعلت السبعة ثلث المال) وقسمتها بين الوصيتين ، لصاحب الثلث أربعة ، ولصاحب الربع ثلاثة (فتكون) المسألة (من واحد وعشرين) لأن مسألة الرد أبدا من ثلاثة ، سهم للموصى لهم يقسم على سهامهم وسهمان للورثة على مسألتهم ، فاضرب سبعة في ثلاثة تبلغ أحدا وعشرين (للوصيين الثلث سبعة ولصاحب الثلث أربعة ، ولصاحب الربع ثلاثة ، ولكل واحد من الابنين سبعة ، وإن أجازا) ؛ أي : الابنان (لأحدهما) ؛ أي : الوصيين دون الآخر (أو أجاز أحدهما) ؛ أي : الابنين (لهما) ؛ أي : الوصيين (أو) أجاز (كل واحد) من الابنين (لواحد من الوصيين ، فاعمل مسألة الإجازة ومسألة الرد ، وانظر

بينها بالنسب الأربع ، فإن تباينا فاضرب إحداهما في الأخرى ، وان توافقتا كما في المثال، فإن مسألة الاجازة فيه من أربعة وعشرين ،ومسألة الرد من أحد وعشرين ، وهما متوافقتان بالثلث (فاضرب وفق مسألة الإجازة وهو ثمانية في مسألة الرد وهي أحد وعشرون، تكن مائة وثمانيـــة وستين) ثم اقسمها بينهم (للذي أجيز له) ؛ أي :أجازه الابنان من الوصيتين (سهمه من مسألة الاجازة مضروب في وفق مسألة الرد ، فإن كان أجاز لصاحب الثلث وحده فله من الإجازة ثمانية في وفق مسألة الرد وهو سبعة ، يحصل له سبعة وخمسون ،ولصاحب الربع نصيبه من مسألة الرد ثلاثة في وفق مسألة الإجـازة بأربعة وعشرين ، ويبقى ثمان وثمانون بين الابنين، لكل منهما أربعة وأربعون وإن كانا أجازا لصاحب الربع وحده فله من الإجازة ستة في سبعة باثنين وأربعين (وللذي رد عليـه) كصاحب الثلث في المثال (سهمه من مسألة الرد) تضرب بأربعة (في وفق مسألة الإجازة) وهي ثمانية يخرج اثنان وثلاثون ، فمجموع ما للوصيين أربعة وسبعون (والباقي) وهو أربعة وتسعون (للورثة) وهما الابنان ، لكل واحد سبعة وأربعون ، (و)إن كان احد الابنين أجاز لهما والآخر رد لهما ؛ فـ(لـ)لابن (الذي أجاز لهما نصيبه من مسألة الاجازة) وهو خمسة (في وفق مسألة الرد) سبعة بخمسة وثلاثين (ولـ)لابن (الآخر الراد على الوصيين (سهمـه من مسألة الرد) سبعة (في وفق مسألة الاجازة) ثمانية بستة وخمسين ، فيكون مجموع ما للولدين أحداً وتسعين (والباقي) وهو سبعة وسبعون (بين الوصيين على) سهامها (سبعة) لصاحب الثلث أربعـــة وأربعون ، ولصاحب الربع ثلاثة وثلاثون ، وعلم مما تقدم أن الابنين اذا أجازا لصاحب الثلث وحده كان له ستة وخمسون ، وإذا ردا عليه كان له اثنان وثلاثون ، فقد نقصه ردهما أربعة وعشرين ، فينقصه رد أحدهما اثني عشر ، وإن أجازا لصاحب الربع وحـده كان له اثنان وأربعون ، وإن ردا عليه كان له أربعة وعشرون ،فقد نقصه

ردهما ثمانية عشر ، فينقصه رد أحدهما تسعة ،وأما الابنـــان فالذي أجاز لصاحب الثلث وحده إن أجاز لهما معا كان له خمسة وثلاثون ، وإن رد عليهما كان له ستة وخمسون ، فنقصته الاجازة لهما أحـــدا وعشرين ، لصاحب الثلث منها عشرة يبقى للابن الذي أجاز لصاحب الثلث أربعة وأربعون ، والذي أجاز لصاحب الربع إذا أجاز لهما معا كان له خمسة وثلاثون ، وإذا رد عليهما كان له ستة وخمسون ، فنقصته الاجـــازة لهما أحدا وعشرين ، منهـــا تسعة لصاحب الربع يبقى للابن الذي أجاز لصاحبه الربع سبعـــة وأربعون (وإن زادت) الأجزاء الموصى بها (على المال عملت فيهـــا عملك في مسائل العول)نصاً بأن تجعل وصاياهم كالفروض التي فرضها الله تعالى للورثة ، (فـ)لو وصى (بنصف وثلث وربع وسدس تأخذها من اثني عشر) لأنه مخرجها (وتعول لخمسة عشر ، فيقسم المال كذلك)بين أصحاب الوصايا (إن أجيز لهم) كلهم ، (أو) يقسم (الثلث) كذلك (إن رد عليهم) فتصح مسألة الرد من خمسة وأربعين ، لما روى سعيد بن منصور : حدثنا أبو معاوية حدثنا أبو عاصم الثقفي قال لي ابراهيم النخعي : ما تقول في رجل أوصى بنصف وثلث ماله وربع ماله ؟ قال : قلت : لا يجوز . قال : قد أجـازوه . قلت : لا أدري . قال : أمسك اثني عشر فأخرج نصفها ستة وثلثها أربعة وربعها ثلاثة ، واقسم المال على ثلاثة عشر .

(و) من وصى (لزيد بجميع ماله (و)وصى (لآخر بنصفه ، فالمال بينهما)؛ أي : الوصيين (على ثلاثة إن أجيز لهما) ؛ أي : الوصيين (والثلث) بينهما(على ثلاثة مع الرد) نصاً ؛لأن بسط المال من جنس الكسر نصفين ، فإذا ضممت اليها النصف الآخر تصير ثلاثة أنصاف ، وتقسم المال عليها مـــع الأجازة ، فيصير النصف ثلثا، كما في زوج وأم وثلاث أخوات متفرقات (وإن أجيز) ؛ أي : أجاز الورثة كلهم (لصاحب المال) ؛ أي : الموصى له به (وحده)؛أي:

دون الموصى له بالنصف (فلصاحب النصف التسع) لأن الثلث بينهما على ثلاثة، لصاحب النصف ثلثه وهو التسع (لأنه ثلث الثلث، والباقي) وهو ثمانية أتساع (لصاحب المال) لأنه موصى له بالمال كله، وإنما منع من ذلك في حال الاجازة لمزاحمة صاحبه له ، فإذا زالت المزاحمة في الباقي كان له (وإن أجيز لصاحب النصف وحده) ؛ أي : دون الموصى له بالكل (فله النصف) لأنه لا مزاحم له فيه (ولصاحب المال تسعان) لأن له ثلثي الثلث وهما ذلك (وإن أجاز أحدهما) ؛ أي : أحد ابني الموصي (لهما فسهمه بينهما على ثلاثة و) حينئذ فـ(لا شيء له) ؛ أي : المجيز (وللراد ثلث المال، والثلثان بين الوصيين على ثلاثة) فتصح من تسعة، للموصى لهما ثلاثة من الأصل، يبقي ستة لكل ابن ثلاثة ، ثم تقسم نصيب المجيز لهما، فيصير لهما ستة مقسومة بينهما أثلاثا، لصاحب المال أربعة، ولصاحب النصف سهمان، ويبقي للراد ثلاثة أسهم يختص بها (وان أجاز) أحد الابنين (لصاحب المال وحده دفع إليه كل ما في يده ؛ فللموصى له بالنصف تسع ، وللراد ثلاثة أتساع والباقي) خمسة أتساع تدفع (لموصى له بجميع المال ، وإن أجاز) أحد الابنين (لصاحب النصف وحده) ؛ أي : دون الآخر (دفع إليه نصف ما في يده ونصف سدسه وهو ثلث ما في يده وربعه، وتصح) المسألة (من ستة وثلاثين) للذي لم يجز اثنا عشر ، وللمجيز خمسة ؛ لأن له قبل الاجـازة اثنا عشر ، فلما أجاز انتزع منه نصف ما بيده ونصف سدسه ، وهما سبعة ، فيبقي له خمسة ، ولصاحب النصف أحد عشر ؛ لأنه كان له من المال أربعة وأخذ من المجيز سبعة ، فتكمل له أحد عشر ، ولصاحب المال ثمانية ؛ لأن له مثلا ما لصاحب النصف قبل الاجازة ، وذلك لأن مسألة الرد من تسعة ، لصاحب النصف منها سهم ، فلو أجاز الابنان كان له تمام النصف ثلاثة ونصف ، فإذا أجاز له أحدهما لزمه نصف ذلك سهم ونصف وربـع . ومن تسع ، فتضرب مخرج الربـع في تسعة تكن ستة وثلاثين .

(فصل: في الجمع بين الوصية بالأجزاء والأنصباء: اذا خلف ابنين ، ووصى لزيد بثلث ماله، ولعمرو بمثل نصيب ابن، فلكل منهما الثلث مع الاجازة) أما زيد فظاهر ، وأما عمرو فلما تقدم أنه يفرض له مثل نصيب ابن ، ويضم إليها، أشبه ما لو لم يكن معه وصي آخر ، وتصح من ستة (و)لكل منهما (السدس مع الرد) لأنه موصى له بثلثي ماله ، وقد رجعت وصيتها بالرد الى نصفها ، وتصح من ستة ، لكل وصي سهم ، ولكل ابن سهمان (والابنان بالعكس) فلكل منهما السدس مع الاجازة والثلث مع الرد (وإن كان) الجزء الموصى به (لزيد النصف، وأجازا) ؛ أي : الابنان للوصيين (فهو) ؛ أي : النصف (له) ؛ أي : لزيد (ولعمرو الثلث ، ويبقي سدس بين الابنين ، وتصح من اثني عشر) لزيد ستة ولعمرو أربعة، ولكل ابن سهم (وإن ردا ف)تصح (من خمسة عشر) لأن الثلث يقسم بينهما على خمسة ، فتضربها في ثلاثة بخمسة عشر (لزيد ثلاثة ولعمرو اثنان) ولكل ابن خمسة (وان كان لزيد الثلثان) ولعمرو مثل نصيب ابن (صحت مع الاجازة من ثلاثة) مخرج الثلثين، والثلث للتماثل (لزيد سهمان ، ولعمرو سهم ، ومع الرد يقسم الثلث بينهما على ثلاثة ، وتصح من تسعة) لزيد تسعان ، ولعمرو تسع ، ولكل ابن ثلاثة (وإن وصى لرجل أو امرأة (بمثل نصيب أحدهما) ؛ أي :الابنين (و)وصى لآخر بثلث باقي المال فلصاحب النصيب) ؛ أي : الموصى له بمثل نصيب أحد بنيه (ثلث المال) كما لو لم يكن معه وصي آخر (وللآخر ثلث الباقي)؛ أي :الثلثين، وذلك (تسعان مع الاجازة) من الابنين لهما ، والباقي للابنين ، فتصح من تسعة ، لصاحب النصيب ثلاثة وللآخر سهمان ، ولكل ابن سهمان (ومع الرد) من الابنين على الوصيين (الثلث) بين الوصيين (على خمسة، والباقي للورثة، وتصح من خمسة عشر) لصاحب النصيب ثلاثة ، وللآخر سهمان ، ولكل ابن خمسة (وإن كانت وصية الثاني بثلث ما بقي من النصف) بأن وصى لواحد بمثل نصيب أحد ابنيه

ولآخر بثلث ما يبقى من النصف ، (فـ)إنها تصح (من ثمانية عشر) لأن مخرج الثلث والنصف ستة ، وثلثها اثنان ، فإذا طرحته من نصفها ثلاثة بقي واحد، ولا ثلث له صحيح ، فتضرب الستة في مخرج الثلث تبلغ ثمانية عشر (فلصاحب النصيب الثلث ستة، وللآخر ثلث ما بقي من النصف) والباقي منه ثلاثة، وثلثه (سهم، يبقي أحد عشر للابنين) لا تنقسم عليهما ، فتضرب اثنين في ثمانية عشر (وتصح) المسألة (من ستة وثلاثين ، لصاحب النصيب اثنا عشر) ثلث المال (وللآخر) الموصى له بثلث ما بقي من النصف (سهمان) لأن نصف الستة والثلاثين ثمانية عشر ، والباقي منه بعد الثلث ستة وثلثها اثنان ؛ فهو الموصى به للآخر ، (و)يبقي اثنان وعشرون (لكل ابن أحد عشر إن أجازا) ؛ أي : الابنان (لهما) ؛ أي : الوصيين (ومع الرد) من الابنين للوصيين (الثلث) بين الوصيين (على سبعة) وهي سهامهما من الإجازة ؛ لأن الموصي له بالثلث له اثنا عشر ، والموصى له بثلث ما يبقي من النصف سهمان ، وهما متوافقان بالنصف ، فرد كل واحد منهما الى وفقه يبلغان ما ذكر (وتصح من أحد وعشرين، للأول) وهو الموصى له بالنصيب (ستة ، وللآخر سهم ، ولكل ابن سبعة) أسهم (وإن خلف) الميت (أربعة بنين و) كان قد (وصى لزيد بثلث ماله إلا مثل نصيب أحدهم) ؛ أي : الأربعة بنين (فأعط زيداً وابناً الثلث، و) أعط (الثلاثة) البنين الباقين (الثلثين) فتصح من تسعة (لكل ابن تسعان ولزيد تسع) لأن مخرج الوصية ثلاثة مضروب في ثلاثة عدد الباقين بعد الابن وزيد، تكون تسعة، لزيد ثلثها ، والباقي ستة على ثلاثة بنين ، لكل ابن تسعان والمستثنى من الثلث مثل نصيب أحد بنيه الأربعة ، وهو اثنان ، وإذا أسقطتها من ثلاثة بقي سهم لزيد ، وهو التسع ، ولأنه جعل لزيد الثلث ، استثنى منه نصيب ابن ، فتعين أن يأخذ أحد البنين نصيبه من الثلث ، وبقية البنين يختصون بالثلثين بينهم سوية، فما حصل لواحد منهم من الثلثين، أخذ من زيد من

الثلث نظيره ، ويبقي باقي الثلث لزيد (وإن وصى لزيد بمثل نصيب أحدهم)؛ أي : البنين الأربعة (الا سدس جميع المال ، ووصى لعمرو بثلث باقي الثلث بعد النصيب؛صحت المسألة من أربعـــة وثمانين، لكل ابن تسعة عشر) وهي النصيب (ولزيد خمسة) لأنهـــا الباقي من النصيب بعـد سدس جميـع المال وهو أربعة عشر (ولعمرو ثلاثة) لأنها ثلث باقي الثلث بعد النصيب ؛ لأن ثلثها ثمانية وعشرون ، والنصيب تسعة عشر ، فباقي الثلث تسعة ، وثلثها ثلاثة (لضربك الثلث) ثلاثة (في عدد البنين) الأربعة (باثني عشر، لكل ابن ثلاثة أسهم (ويزاد لزيد مثل نصيب ابن) ثلاثة (فاستثن من هذه الثلاثة اثنين سدس الجميع) وهو (اثنان من اثني عشر، زدهما)؛أي: الاثنين (عليها بأربعة عشر اضربها) ؛ أي : الأربعـة عشر (في مخرج السدس) ليخرج الكسر صحيحاً (بأربعة وثمانين، وإن خلف) ميت(أماً وبنتاً وأختاً) لغير أم (وأوصى لشخص (بمثل نصيب الأم وسبع ما بقي) من المال بعد مثل نصيب الأم (و) وصى (لآخر بمثل نصيب الأخت وربع ما بقي) بعد مثل نصيب الأخت (و)وصى (لآخر بمثل نصيب البنت وثلث ما بقي) بعد مثل نصيب البنت ، وأجاز الورثة الوصايا(فمسألة الورثة من ستة) لأن فيها نصفاً وسدساً، ومابقي للبنت ثلاثة، وللأم سهم وللأخت سهمان (للموصى له بمثل نصيب البنت ثلاثة وثلث ما بقي من الستة سهم) له أربعة (وللموصى له بمثل نصيب الأخت سهمان وربع ما بقي) من الستة (سهم) فيجتمع له ثلاثة (وللموصى له بمثل نصيب الأم سهم وسبع ما بقي) من الستة (وخمسة أسباع سهم، فيكون مجموع الموصى به) لهم (ثمانية أسهم وخمسة أسباع سهم تضاف إلى مسألة الورثة) وهي ستة (تكون أربعة عشر سهما وخمسة أسباع) سهم (تضرب في سبعة ليخرج الكسر صحيحاً، تبلغ مائة وثلاثة ، فمن له شيء من أربعة عشر وخمسة أسبـاع مضروب في سبعة ؛ فللبنت ثلاثة) مضروبة (في سبعة بأحد وعشرين وللأخت أربعة عشر)حاصلة

من ضرب اثنين في سبعة (وللأم سبعة) حاصلة من ضرب واحد في سبعة (وللموصى له بمثل نصيب البنت وثلث ما بقي أربعة) مضروبة (في سبعة بثمانية وعشرين ، وللموصى له بمثل نصيب الأخت وربع ما بقي أربعة مضروبة في إحدى وعشرين) حاصلة من ضرب ثلاثة في سبعة (وللموصى له بمثل نصيب الأم وسبع ما بقي اثنا عشر) حاصلة من ضرب واحد وخمسة أسباع في سبعة (وهكذا) تفعل (بكل ما ورد) عليك (من هذا الباب) لأنها طريقة صحيحة [موافقة] للصواب والقواعد ، هذا مع الإجازة ، ومع الرد تقسم الثلثين بين الورثة على ستة ، والثلث بين الأوصياء على أحد وستين ، ولقسمته طرق أقربها أن تجمع سهام الأوصياء التي ذكرها المصنف تجدها أحد وستين سهما ، وتقسم الثلث عليها تجدها طبق ما ذكر في المتن ، غير أن تلك كانت من الجميع ، وهذه معتبرة من الثلث (وان خلف ثلاثة بنين ، ووصى بمثل نصيب أحدهم إلا ربع المال ، فخذ المخرج) ؛ أي : مخرج الكسر وهو الربع المستثنى (أربعة ، وزد) على الأربعة (ربعه) وهو واحد (يكن) المجتمع (خمسة ؛ فهو نصيب كل ابن) من الثلاثة (وزد على عدد البنين واحداً) يكن أربعة (واضربه) ؛ أي : المجموع من عدد البنين والواحد المزاد عليه (في المخرج) ؛ أي: مخرج الكسر المستثنى وهو أربعة (يكن) الحاصل من ضرب أربعة في أربعة (ستة عشر ، أعط الموصى له) من ذلك (نصيباً وهو خمسة واستثن منه) ؛ أي: النصيب وهو خمسة (ربع المال) ؛ أي : الموصى له بعد المستثنى في وصيته (أربعة يبقى له) ؛ أي: الموصى له بعد المستثنى (سهم و) الباقي للبنين (لكل ابن خمسة ، وان شئت خصصت كل ابن بربع) المال ؛ لأنه مستثنى ، فيعطى كل ابن أربعة من الستة عشر (وقسمت الربع الباقي) وهو أربعة (بينهم) ؛ أي : البنين (وبينه) ؛ أي : الموصى له (على أربعة) لكل ابن سهم فيجتمع لكل ابن خمسة، وللموصى له سهم ، وعلى هذا فتعلم انتفاء ورود السؤال، وهو أن المثل مع الثلاثة ربع ، فكيف يستثنى منه

الربع ، وهو مستغرق ؛ لأن الوصية ليست بالربع ، بل بمثل نصيب الابن ، ونصيبه هو ما يستقر له ، وهو أزيد من ربع المال ، واستثني من هذا النصيب المستقر ربع المال كما علمت ، لكن يرد عليه وعلى نظائره مما سبق أن استثناء الأكثر لا يصح على المذهب ، وأجاب عنه أبو الخطـــاب بأنه ليس من باب الاستثناء ، وإنما كأنه أوصى له بشيء ، ثم رجع عن بعض ، وأجـاب بعضهم أيضاً بأن استثناء الأكثر انما يمتنع في العدد خاصة .

(وان قال) الموصي : أوصيت لفلان بمثل نصيب أحد بني الثلاثة (الا ربع الباقي بعد النصيب ، فزد على عدد) سهام (البنين سهماً وربعاً) ليكون الباقي بعد النصيب من المبلغ الحاصل بعد الضرب ربـع صحيح (واضربه) ؛ أي : الحاصل من عدد البنين والمزاد عليه وهو أربعة وربـع (في أربعة) مخرج الكسر المستثنى (يكن) حاصل الضرب (سبعة عشر) للموصى (له) منهـا (سهمان) لأن النصيب خمسة ؛ لأنه دائماً مخرج الجزء المستثنى مع زيادة واحد ، فإذا أسقطت الخمسة من سبعة عشر يبقى اثنا عشر ، فإذا سقط منها ربعها وهو ثلاثة ، يبقى من النصيب سهمان للوصية (ولكل ابن خمسة) وإن أردت عملها بطريق الجبر تأخذ مالاً وتدفع منه نصيباً الى الموصى له واستثن منه ربع الباقي وهو ربـع مال إلا ربـع نصيب ، صار معك مال وربـع إلا نصيباً وربعاً ، يعدل ذلك أنصباء البنين ، وهو ثلاثة ، أجبر وقابل ، يحصل معك مال وربـع يعدل أربعة أنصباء وربـع نصيب ، فابسط الكل أرباعـــاً يبلغ خمسة أموال تعدل سبعة عشر نصيباً ، فاقلب وحوّل بأن تجعل المـال موضع النصيب ، والنصيب موضع المال ، يخرج النصيب خمسة والمال سبعة عشر ، (و) ان قال: أوصيت لفلان بمثل نصيب أحد بني الثلاثة (إلا ربع الباقي بعد الوصية، فاجعل المخرج ثلاثة وزد) عليه (واحداً تكن) ؛ أي: تبلغ (أربعة فهو النصيب، وزد على سهام البنين) الثلاثة (سهما) ليكون النصيب أربعة (و) زد أيضاً (ثلثاً)

لأجل الوصية (واضربه) ؛ أي : المجتمع وهو أربعة وثلث (في ثلاثة) التي هي المخرج (يكن ثلاثة عشر) سهما (له)؛أي: الموصى له (سهم، ولكل ابن أربعة) وإن شئت قلت: المال كله ثلاثة أنصباء ووصية ، والوصية هي نصيب إلا ربع المال الباقي بعدها، وذلك ثلاثة أرباع نصيب ، فيبقى ربع نصيب وهو وصية، وتبين أن المال كله ثلاثة وربع ، فألق من واحد ربعها وهو ثلاثة أرباع ، يبقى ربع وهو الوصية ، زده على ثلاثة يبلغ ثلاثة وربعاً، وهو المال ، فابسط الكل أرباعاً ليزول الكسر يبلغ ثلاثة عشر، للوصية واحد ولكل ابن أربعة، وفي أكثر ما تقدم من الصور طرق مذكورة في المطولات ، وقد أطال الأصحاب والفرضيون والحسّاب على هذه المسائل ونظائرها ، ووضعوا لها كتباً أفردوها في هذا الفن قصداً للتمرين ، وابتغاء مرضاة رب العالمين .

﴿ باب الموصى إليه ﴾

(الموصى اليه) : وهو المأذون له بالتصرف بعد الموت .

(الدخول في الوصية للقوي عليها قربة) مندوبة لفعل الصحابة رضي الله عنهم ، فروي عن أبي عبيدة أنه لما عبر الفرات أوصى الى عمر. وأوصى الى الزبير ستة من الصحابة: منهم، عثمان، وابن مسعود، وعبد الرحمن بن عوف ، ولأنه معونة للمسلم ، فيدخل تحت قوله تعالى : « إن الله يأمر بالعدل والإحسان»[1] وقوله تعالى : « وتعاونوا على البر والتقوى »[2] وقوله عليه الصلاة والسلام : « أنا وكافل اليتيم في الجنة كهاتين » وقال بإصبعه السبابة والتي تليها . أخرجه

---

(١) سورة النحل ، الآية : ٩٠

(٢) سورة المائدة ، الآية : ٢

البخاري (وتركه)؛ أي: الدخول في الوصية (أولى) لما فيه من الخطر، وهو لا يعدل بالسلامة شيئاً (في هذه الأزمنة) اذ الغالب فيها العطب وقلة السلامة، لكن رد الحارثي ذلك، وقال: الوصية إما واجبة أو مستحبة، وأولوية ترك الدخول يؤدي الى تعطيلها. قال: فالدخول قد يتعين فيما هو معرض للضياع، اما لعدم قاض أو غيره؛ لما فيه من درء المفسدة وجلب المصلحة.

(وتصح) وصية المسلم (إلى) كل (مسلم) لأن الكافر لا يلي مسلماً (مكلف) فلا تصح الى طفل ولا مجنون ولا أبله؛ لأنهم لا يتأهلون الى تصرف أو ولاية (رشيد) فلا تصح الى سفيه؛ لأنه لا يصح توكيله (عدل) إجماعاً (ولو) كان الموصى اليه (مستوراً)؛ أي: ظاهر العدالة، (أو) كان (عاجزاً ويضم) اليه (قوي أمين أو) كان الموصى اليه (أم ولد أو قناً ولو) كانا (لموصٍ) لصحة استنابتهما في الحياة، أشبها الحر؛ لقوله عليه الصلاة والسلام: « والعبد راع على مال سيده وهو مسؤول عنه». والرعاية ولاية فوجب ثبوت الصحة، ولأنه أهل للعدالة والاستنابة في الحياة فتأهل للاسناد اليه، وأما أنه لا يلي على ابنه، فلا أثر له بدليل المرأة، وكون عبد الغير يتوقف تصرفه على اذن سيده، لا أثر له أيضاً بدليل توقف التنفيذ للقدر [المجاوز] للثلث على إذن الوارث (ويقبل) القن وأم الولد إن كانت لغير موص (بإذن سيده) لأن منافعه مملوكة له، وفعل ما وصى فيه منفعة لا يستقل بها، فلم يجز فعله ذلك بغير إذن مالك منفعته.

وكما تصح الوصية الى من ذكر تصح (من مسلم وكافر ليست تركته نحو خمر وخنزير) ونحوهما كسرجين نجس، (و) تصح الوصية (من كافر الى) كافر (عدل في دينه) لأنه يلي على غيره بالنسب، فيلي بالوصية كالمسلم (وتعتبر) هذه (الصفات) المذكورة من الإسلام والتكليف والرشد والعدالة (حين موت) موصٍ؛ لأنه الوقت الذي يملك الموصى اليه التصرف بالإيصاء (و) يعتبر

وجودها حين (وصية) موص ٍ ؛ لأنها شروط لصحتها ، فاعتبر وجودها حالها (فإن تغيرت) هذه الصفات (بعد الوصية ، ثم عادت قبل موت) موص ٍ(عاد) الموصى اليه (لعمله) لعدم المانع ، و (لا) يعود موصى اليه الى الوصية (إن) زالت هذه الصفات بعد موت الموصي ؛ لوجود المنافي ، أو زالت بعد الوصية و (لم تعد قبله) ؛ أي : الموت ؛ لانعزاله من الوصية بزوال الصفات المقتضية لصحتها (ويصح قبول وصية في حياة موص ٍ) لأنه إذن في التصرف ، فصح قبوله بعد العقد كالوكالة ، بخلاف الوصية بالمال ؛ فإنها تمليك في وقت ، فلم يصح القبول قبله ، (و) يصح القبول أيضاً (بعده) ؛ أي : بعد موت الموصي ؛ لأنها نوع وصية ، فصح قبوله إذن كوصية المال (فمتى قبل) موصى اليه (صار وصياً) قال الحارثي : ويقوم فعل التصرف مقام اللفظ كما في الوكالة . قاله ابن رجب ، وهو أظهر (وتنعقد) الوصية الى شخص (بـ)قول موص ٍ :(فوضت) اليك كذا (أو وصيت اليك بكذا) أو وصيت الى زيد بكذا (أو أنت) وصيي ، أو زيد وصيي في كذا (أو جعلتك) أو جعلت زيداً (وصيي) على كذا .

(ولا تصح) الوصية (الى فاسق أو) الى (صبي ولو مراهقاً أو) الى (سفيه أو) الى (مجنون) لأنهم ليسوا أهلاً للولاية والأمانة (أو الى كافر من مسلم) لما تقدم (ولا نظر لحاكم مع وصي خاص كفوء في ذلك التصرف الذي أسند اليه ؛ لأن الوصية تقطع نظر الحاكم ، لكن له الاعتراض عليه إن فعل ما لا يسوغ على ما تقدم في ناظر الوقف .

(ومن نصب وصياً ، ونصب عليه ناظراً ؛ يرجع الوصي لرأيه ولا يتصرف) الوصي (إلا بإذنه جاز) فإن خالف ؛ لم ينفذ تصرفه ؛ لأن الموصي لم يرض برأيه وحده (وإن حدث عجز) لموصى اليه بعد موت موص ٍ (لضعف أو علة) كعمى (أو كثرة عمل ونحوه) مما يشق معه العمل (وجب ضم أمين) اليه

ليتمكن من فعل الموصى اليه فيه ، وإلا تعطل الحال ، وحيث ضم الأمين اليه ، لم يكن لكل واحد منهما التصرف منفرداً (والأول هو الوصي فقط) قدمه في «المغني» و «الشرح» وقال ابن رزين : ضم اليه أمين ، ولم ينعزل اجماعاً.

(وتصح) الوصية (لمنتظر) أهليته (ك) أن يوصي الى صغير بأن يكون وصياً (اذا بلغ ، أو) وصى الى غائب ليكون وصياً اذا (حضر) من غيبته ، (أو) وصى الى سفيه اذا (رشد أو) الى فاسق اذا تاب من فسقه ، أو) الى مريض اذا (صح من مرضه ، أو اذا صالح أمه) عما تدعيه ، أو الى كافر اذا أسلم ، (أو) يوصي الى شخص ، ويقول : (ان مات الوصي فزيد وصي) بذلك (أو) يقول: (زيد وصي سنة ثم عمرو) وصي بعدها ، فإذا قال : أوصيت اليك ، فإذا بلغ ابني فهو وصيي ؛ صح ذلك ، فإذا بلغ ابنه صار وصيه ، ومثله اذا قال :أوصيت اليك ، فإذا تاب ابني من فسقه ، أو صح من مرضه ، أو اشتغل بالعلم ، أو صالح أمه عن دعواها عليه ، أو رشد ، فهو وصيي ؛ صحت الوصية في الصور كلها ، ويصير المذكور وصياً عند وجود الشرط ؛ للخبر الصحيح : « أميركم زيد ، فإن قتل فجعفر ، فإن قتل فعبد الله بن رواحة » . والوصية كالتأمير (وان قال الإمام) الأعظم : (الخليفة بعدي فلان ، فإن مات في حياته أو تغير حاله فـ) الخليفة بعدي (فلان ؛ صح) على ما قال (وكذا في ثالث ورابع) قاله القاضي وغيره، و(لا) تصح الوصية (للثاني إن قال) الإمام: (فلان ولي عهدي، فإن ولي ثم مات، ففلان بعده) لأن الاول اذا ولي صار الاختيار والنظر اليه، فالعهد اليه فيمن يراه، وفي التي قبلها جعل العهد الى غيره عند موته، وتغير صفاته في الحالة التي لم يثبت للمعهود اليه فيها إمامة (وإن علق ولي الأمر ولاية حكم أو) إمارة أو ولاية (وظيفة بشرط شغورها) ؛ أي : تعطلها (أو غيره) كموت من هي بيده (فلم يوجد) الشرط (حتى قام ولي أمر) غيره مقامه صار الاختيار له) ؛ أي : للثاني ؛ لأن تعليق الأول بطل بموته ؛ كمن علق عتقاً

أو طلاقاً بشرط ، ثم مات قبل وجوده لزوال ملكه ؛ فتبطل تصرفاته (وَمن وصى زيداً) على أولاده ونحوه (ثم) وصى (عمراً ؛ اشتركا) كما لو وكلهما كذلك ؛ لأنه لم يوجد رجوع عن الوصية لواحد منهما ، فاستويا فيها ، كما لو أوصى لهما دفعة واحدة (إلا أن يخرج زيداً) فتبطل وصيته للرجوع عنها (ولا ينفرد بتصرف وحفظ غير وصي مفرد)عن غيره، كالوكالة ؛ لأن الموصي لم يرض إلا بتصرفهما ، وانفراد أحدهما يخالف ذلك ، إلا أن يجعل الموصي التصرف لكل منهما ، فإن جعله لكل منهما فله الانفراد حينئذ ؛ لرضى الموصي بذلك ، أو يجعل التصرف لأحدهما واليد للآخر ؛فيصح تصرفه منفرداً، عملاً بالوصية ، واذا أراد التصرف فالظاهر أن المراد باجتماعهما أن يتلفظا بصيغ العقود معاً (بل) معناه أن التصرف (يصدر عن رأيهما) واجتهادهما ، ثم لا فرق بين أن يباشر أحدهما التصرف وحده أو يباشره الغير بإذنهما (ولو لم يوكل أحدهما الآخر أو لم يباشر معه) وإن اختلفا في شيء وقف الأمر حتى يتفقا (وإن جعل) الموصي (لكل) منهما (أن ينفرد بتصرف) أو جعل التصرف لأحدهما (كفى واحد) منهما منفرداً (ولا يوصي وصي) لأنه قصر توليته، فلم يكن له التفويض كالوكيل ، وسبق في الوكالة [له] أن يوكل فيما لا يباشره مثله أو يعجز عنه فقط . قال الحارثي : والأمراض المعتادة كالرمد والحمى تلتحق بنوع ما لا يباشره ، وما ليس كذلك ، كالفالج وغيره يلتحق بنوع ما يباشره ، (الا أن يجعل) الموصى (اليه) ذلك ، فيملكه نحو أن يقول لوصيه : أذنت لك أن توصي لمن شئت ، أو يقول : كل من أوصيت اليه أنت فقد أوصيت أنا اليه ، أو يقول : كل من أوصيت اليه أنت فهو وصيي ؛ فله أن يوصي ؛ لأن الموصي رضي رأيه ورأي من يراه ، ولأنه تصرف مأذون فيه ، فكان كغيره من التصرفات (وإن مات أحد اثنين) وصيين (لا ينفردان) إن لم يكن الموصي جعل لكل منهما الانفراد (بالتصرف أو تغير حاله ؛ أي : أحدهما بأن جن أو غاب أو وجد منه ما يوجب عزله، كسفه وعزله نفسه (أو ماتا هما) ؛

أي : الوصيان أو تغير حالها (أقيم) ؛ أي : أقام الحاكم (مقامه) في الاولى أميناً ليتصرف مع الآخر (أو) أقام (مقامهما) في الثانية لئلا يتعطل الحال (وليس لحاكم اكتفاء بباق) من الوصيين ؛ لأن الموصي لم يكتف بأحدهما ؛ فلا يجوز للحاكم الاقتصار عليه ؛ إذ الوصية تقطع نظر الحاكم واجتهاده (ومن عاد الى حاله من عدالة أو غيرها) بعد تغيره (عاد الى عمله) من غير توقف على تولية الحاكم ولو (بعد عزله) لزوال المانع (بلا عقد جديد ، خلافاً له) ؛ أي : لصاحب «الإقناع» ، فإنه قال: وان زالت ؛ أي : الصفات المعتبرة من الإسلام والتكليف والرشد والعدالة بعد الموت أو بعد الوصية ، ولم تعد قبل الموت ؛ انعزل ، ولم تعد وصيته إلا بعقد جديد .

(ويتجه) اعتبار (هذا) ؛ أي : المتغير حاله أنه [اذا] عاد يعود الى عمله من غير عقد جديد (في وصي الميت) الذي رضي به وصياً ، وأقامه مقام نفسه ، فلا يفتقر عوده لتجديد عقد ، كالأب اذا فسق تعود ولايته بعود الأهلية ؛ لأن ولايته عن سبب الأبوة وهو ثابت (لا من أقامه حاكم) فتغير حاله ، ثم عاد ؛ فلا يعود الى عمله إلا بعقد جديد ؛ لأن إقامته سببها تولية الحاكم ، وقد بطل السبب ، فلا بد في العود من مثل ذلك السبب ، ثم ما تصرف بعد البطلان مردود لصدوره من غير أهله ، لكن رد الودائع والغصوب والعواري وقضاء الديون التي جنسها في التركة ، تقع موقعها ؛ لان المقصود من هذه الأمور وصولها الى أهلها ، وهو حاصل بذلك ، واذا أعيد وكان أتلف مالاً ؛ فقياس المذهب براءته بالقبض من نفسه ، فإن ذلك ثابت للأب ، وقد نص من رواية أبي داود على أن الوصي بمنزلة الأب في كل شيء الا في النكاح . وقاله الحارثي ، وهو متجه (١).

---

(١) أقول : ذكره الجراعي ، وأقره ، وقال وهو مفهوم كلامه ؛ لأن البحث جيعة فيمن أقامه إنسان وصياً ، وليس المحدث عنه من أقامه الحاكم . انتهى . قلت : والبحث يؤخذ من شرح « الاقناع » . انتهى .

(وصح قبول وصي) الإيصاء اليه في حياة الموصي ؛ لأنه إذن في التصرف، فصح قبوله بعد العقد كالوكالة ، بخلاف الوصية بالمال ؛ فإنها تمليك في وقت ، فلم يصح القبول قبله ، ويصح القبول أيضاً بعد موته ؛ لأنه نوع وصية ، فصح قبولها اذن كوصية المال .

(و) للوصي (عزل نفسه) متى شاء مع القدرة والعجز (في حياة موصٍ وبعد موته) وفي حضوره وغيبته . هـذا المذهب مطلقاً ، وعليه الاصحاب . قال في القاعدة الستين : أطلق كثير من الأصحاب : أنه له الرد بعد القبول في حياة الموصي وبعده ، وجزم به في « الوجيز » وغيره .

(ويتجـه ولا يعود) من عزل نفسه (وصياً بلا عقد) جديد ؛ لإعراضه عن الوصاية باختياره ، كالوكيل اذا عزل نفسه من الوكالة، والفرق بينه وبين ما تقدم أنه هنـــا ترك حقه من عند نفسه ، فافتقر عوده الى عقد جديد من الموصي إن كان موجوداً ، أو الحاكم عند عدم الموصي ، وأما هناك فإنه منع من تعاطي الوصاية لطرو تغير حاله ؛ حفظاً للأموال، فإذا زال المانع عاد الى إيصائه ، وهو متجه[1]. (ولموص عزل نفسه متى شاء) كالموكل .

تتمة: ويجوز أن يجعل الموصي أو الحاكم للوصي جعلًا معلوماً كالوكالة ، ومقاسمة الوصي الموصى له نافذة على الورثة ؛ لأنه نائب عنهم ، ففعله كفعلهم، بخلاف مقاسمته للورثة على الموصى له ؛ فإنهـــا لا تنفذ ؛ لأنه ليس نائباً عنه كتصرف الفضولي .

---

(١) أقول : قال الجراعي : لأنه إن كان في حال حياة الموصي فنزل عزل نفسه منزلة عدم قبوله ، وبعد موته منزل منزلة من لم يقبلها ، بخلاف ما تقدم من عزله لعلة قائمة به ، فان حقه باق ؛ فلم يحتج اليه ، والظاهر أنه إذا عزل نفسه بعد موت الموصي ، وأقامه الحاكم ؛ فانه لايعطى من الاحكام ما كان له أولا ، بل يكون مثل من لم يعتمد الموصي . انتهى . قلت: وهو كلام حسن،ولم أر من صرح بالاتجاه ، وهو صريح في قولهم كالوكيل، وتقدم في الوكالة أنه إذا فسخها كل منها تبطل ، فحيث بطلت لابد من عقد جديد . انتهى.

(فصل : ولا تصح) الوصية (إلا في) تصرف (معلوم) ليعلم الوصي ما وصى به اليه ليتصرف فيه كما أمر (يملك) الموصي(فعله)؛أي:ما وصي فيه ؛ لأنه أصل ، والوصي فرعه ، ولا يملك الفرع ما لا يملكه الاصل (كإمام) أعظم يوصي (بخلافة) كما وصى أبو بكر لعمر ، وعهد عمر الى أهل الشورى ، (و ك) أن يوصي مدين في (قضاء دين) عليه (و) كالوصية في (تفريق وصية ورد أمانة وغصب) وعارية (ونظر في أمر غير مكلف)رشيد من طفل ومجنون وسفيه(وحد قذف) لأن الوصي يتصرف بالإذن ؛ فلم يجز إلا في معلوم يملكه الموصي كالوكالة و(يستوفيه لنفسه) ؛ أي : للموصي نفسه (لا لموصي اليه) لأن الموصي يملك فعل ذلك ، فملكه وصيه كوكيله .

ويصح الإيصاء (بتزويج مولياته) كبناته ولو كن دون تسع (ويقوم وصي مقامه) ؛ أي : مقام الموصي (في الإجبار) كالأب ؛ لأنه نائبه كوكيله، ويأتي في باب أركان النكاح مفصلًا .

تنبيـــه : ليس للوصي قضاء الدين إلا اذا ثبت ببينة ؛ إذ لا يقبل قول الوصي ولا مدعي الدين بغير بينة، غير ما يأتي التنبيه عليه ، فأما الوصية بالنظر على ورثته في أموالهم ، فإذا كان الموصي ذا ولاية عليهم في المـــال كأولاده الصغار والمجانين ومن لم يؤنس رشده منهم ؛ فله أن يوصي فيمن ينظر في أموالهم بحفظها ، ويتصرف لهم فيها بمالهم الحظ فيه ؛ لقيام وصيه مقامه .

و (لا) تصح الوصية من (المرأة على أولادها ولا)من الموصي على (من لا ولاية له عليهم) كالعقلاء الرشيدين من أولاده و (كأولاد ابنه) وغيرهم كإخوته مطلقاً وأعمامه وبنيهم ، وبناتهم كذلك وسائر من عدا أولاده لصلبه فلا تصح الوصية عليهم ؛ إذ لا ولاية لغير الأب كما تقدم .

(ولا) تصح الوصية (باستيفاء دين مع رشد وارثه ولو مع غيبته) ؛ أي:

الوارث ؛ لانتقال المال الى من لا ولاية له عليه ، فلم تصح الوصية باستيفائه كما تقدم ؛ كما لو لم يكونوا وارثين .

فائدة : قال الشيخ تقي الدين : ما أنفقه وصي متبرع بالمعروف في ثبوت الوصية؛ فمن مال اليتيم. انتهى. وعلى قياسه كل ما فيه مصلحة له .

(ومن وصي في) فعل(شيء لم يصر وصياً في غيره) لأنه استفادالتصرف بإذن موصيه ، فكان مقصوراً على ما أذن له فيه كالوكيل ، فإن وصى إليه في تركته وأن يقوم مقامه ؛ فهذا وصي في جميع أموره ، يبيع ويشتري إذا كان ناظراً لهم ، وإن خصصها بشيء لم يتعده (كوصيته بتفريق ثلثه) فله فعله دون غيره (أو) وصيته (بقضاء دينه أو) با(لنظر إلى أمر أطفاله) أو تزويجهم ، فلا يتجاوزه ، وإن جعل الموصي لكل واحدة من هذه الخصال وصيا ؛ جاز على ما قال ، ويتصرف كل واحد منهم فيما جعل الموصي إليه خاصة (ومن وصي) إليه (بتفريق ثلث أو قضاء دين) على الميت (فأبى ورثة) إخراج ثلث ما بأيديهم (أو جحدوا) الدين (وتعذر ثبوته قضى) الموصى اليه (الدين باطناً) بلا علم الورثة ، وإن لم يأذن حاكم ؛ لتمكنه من إنفاذ ما وصي إليه بفعله ، فوجب عليه ؛ كما لو لم يجحده الورثة ، ولأنه لا حق لهم إلا بعد وفاء الدين (وأخرج) الموصى إليه (بقية الثلث) الموصى إليه بتفرقته (مما في يده) لأن حق الموصى لهم بالثلث متعلق بأجزاء التركة ، وحق الورثة مؤخر عن الوصية ووفاء الدين، فوجب تقديمها ودفعها لأربابها (عما في أيدي الورثة) ومحل وجوب ذلك على الوصي (إن لم يخف تبعة)؛ أي: رجوع الورثة عليه بما دفعه في الدين أو الوصية وينكرونها — ولا بينة بها — فلا يجب عليه ذلك ؛ للعذر (وإن فرقه) ؛ أي : الثلث موصى إليه بتفريقه (ثم ظهر) على موص (دين يستغرقه) ؛ أي: الثلث؛ لاستغراقه جميع المال ؛ لم يضمن ؛ لأنه معذور بعدم علمه رب الدين (أو جهل موصى له) بالثلث كقوله : أعطوا ثلثي قرابتي فلان ، فلم يعلم له قريب بهذا

للاسم (فتصدق هو) ؛ أي : الوصي به (أو) تصدق (حاكم به) ؛ أي : الثلث (ثم ثبت) الموصى له (لم يضمن) موصى إليه ولا حاكم شيئاً ؛ لأنه معذور بعدم علمه به ، وإن أمكن الرجوع على قابض ؛ رجع عليه ، ووفي به الدين ؛ قاله ابن نصر الله بحثاً .

(ويبرأ مدين) لميت (بدفع) ما للميت عليه (لوارث ووصي معاً) ظاهراً وباطناً (و) يبرأ مدين باطناً (بقضاء دين) عن ميت (يعلمه على الميت) فيسقط مما عليه بقدر ما قضاه عن الميت ، كما لو دفعه إلى الوصي لقضاء الدين ، فدفعه في دين الميت ؛ إذ لا فرق بينهما سوى توسط الوصي بينهما (ولمدين)وصى غريمه بدينه لغيره (دفع دين موصى به لمعين إليه) ؛ أي : المعين الموصى له به بلا حضور ورثة ووصي؛ لأنه قد دفعه لمستحقه ، (و) له أن يدفعه (الى الوصي) ؛ أي : وصي الميت في تنفيذ وصاياه ، ويبرأ بذلك ؛ لدفعه إلى من له التصرف فيه بأمر الميت له بدفعه ، فإن كانت الوصية لغير معين كالفقراء دفعه للوصي ليفرقه عليهم (وإن صرف أجنبي) ؛ أي : من ليس بوارث ولا وصي (الموصى به لمعين في جهته) الموصى به فيها (لم يضمنه) لمصادفته الصرف في مستحقه ؛ كما لو دفع وديعة إلى ربها بلا إذن مودع ، وظاهره ولو مع غيبة الوارث ، وظاهره أيضاً أن الموصى به لغير معين كالفقراء إذا صرفه الأجنبي في جهته ؛ ضمنه ؛ لأن المدفوع إليه لم يتعين مستحقاً ، ولا نظر للدافع في تعيينه، (وإن) أقام الذي له الحق من دين أو وديعة ونحوهما بينة فـ(شهدت) تلك الـ(بينة بحق) عند الوصي (لم يشترط حاكم ، وكفت)الشهادة(عن وصي)وله قضاء الدين ؛ لأن البينة حجة له ،والأحوط أن تشهدالبينة عند الحاكم خروجاً من الخلاف، وقطعاً للتهمة (وان وصى بإعطاء مدع عينه) بأن قال : أعطوا زيداً (ديناً) يدعيه (بيمينه نفذه) الوصي (من رأس ماله) لإمكان أن يعلم الموصي بالدين ، ولا يعلم قدره ، ويريد خلاص نفسه منه (وإن وصى اليه بحفر

بئر) في سبيل الله في طريق مكة فقال : لا أقدر ،(أو) بحفر بئر (في السبيل فقال : لا أقدر، فقال) له (الموصي : افعل ما ترى ، لم تحفر بدار قوم لا بئر لهم، لما فيه من تخصيصهم) نقله ابن هانئ ؛ لأن ظاهر الوصية حفرها بموضع يعم نفعه (و) إن وصى (ببناء مسجد فلم يجد) الوصي (عرصته) ؛ أي : أرضا يبنيها مسجداً) لم يجز شراء عرصة يزيدها بمسجد صغير) نصاً ؛ لأنه ليس فعلا لما أمر به ، (و) لو وصى (بدفع هذا ليتامى) بني (فلان فإقرار بقرينة ،وإلا) تكن هناك قرينة (فـ)هو (وصية) لهم (ذكره الشيخ) تقي الدين (و) إن قال لوصيه (ضع ثلثي حيث شئت ، أو أعطه) لمن شئت (أو تصدق به على من شئت ؛ لم يجز له أخذه) ؛ أي : الثلث لنفسه ولا دفعه إلى ولده . هذا المذهب وعليه أكثر الأصحاب . نص عليه أحمد ، فقال : إذا كان في يده مال للمساكين وأبواب البر ، وهو محتاج إليه ؛ فلا يأكل منه شيئاً ، إنما أمره بتنفيذه ،وجزم به في « الوجيز » وغيره (خلافا لجمع) منهم أبو ثور والحنفية وأحد احتمالي « المغنى » و « الشرح » القائلين بجواز أخذه لنفسه وولده [1] ، ووجه المذهب أنه تمليك ملكه بالإذن ،فلا يجوز أن يكون قابلا؛ كما لو وكله في بيع سلعته لم يجز له بيعها من نفسه ولا ولده (ولا) يجوز للوصي أيضاً (دفعه) ؛ أي : الثلث (لإقاربه) ؛ أي : الوصي(الوارثين له ولو) كانوا (فقراء) نصاً على الصحيح من المذهب ؛ لأنه متهم في حقهم ، (ولا)يجوز للوصي أيضاً دفع الثلث (لورثة موص) لأنه قد أوصى بإخراجه ، فلا يرجع الى ورثته ، ولأن الوصي نائب الميت ، فلم يكن له الدفع إلى من لا يدفع المستنيب إليه .

تتمة : وإن قال : اصنع في مالي ما شئت ، أو هو بحكمك افعل به ما شئت، ونحو ذلك من أفعال الإباحة، لا الأمر. قال أبو العباس: أفتيت أن

---

(١) أقول: قول المصنف خلافا لجمع : أي : من علماء المذهب ، وهذا يقتضي الجزم بذلك الاحتمال ، واله خاص ببعضهم ، فتدبر . انتهى .

هذا الوصي له أن يخرج ثلثه ، وله أن لا يخرجه ؛ فلا يكون الإخراج واجباً ولا حراماً ، بل موقوفاً على اختيار الوصي (وإن دعت حاجة لبيع بعض عقار ونحوه) من تركة الميت (لقضاء دين) على الميت مستغرق ماله غير العقار ، أو احتاج إلى تتمته من العقار ، (أو) دعت الحاجة لبيع بعض العقار (لحاجة صغار) من ورثة (وفي بيع بعضه) ؛ أي : العقار (ضرر كنقص ثمن) على الصغار (باع الوصي) العقار كله على صغار و (على كبار) إن (أبوا) ؛ أي: الكبار بيعه (أو غابوا) لأن الوصي قائم مقام الأب ، وللأب بيع الكل ، فالوصي كذلك ، ولأنه وصي يملك بيع البعض ، فملك بيع الكل ، كما لو كان الكل صغاراً أو الدين مستغرقاً ، ولأن الدين متعلق بكل جزء من التركة ، ولهذا لو تلف بعضها وفى من الباقي ، وإن كان شريك الصغار غير وارث لم يبع الوصي عليه ؛ لأن الوصي فرع الميت ، وهو لا يبيع على شريكه بغير إذنه فنائبه أولى (وكذا لو اختصوا) ؛ أي : الكبار (بميراث) بأن كان على الميت دين ، ووصى بقضائه ، أو وصيته تخرج من ثلثه ، واحتيج في ذلك لبيع بعض عقاره ، وفي تشقيصه ضرر ، والورثة كلهم كبار (وأبوا وفاءه) ؛ أي: الدين ، أو غابوا ؛ باع الوصي على الكل ، وكذا لو امتنع البعض ، أو غاب ؛ فله بيع الكل ؛ لما تقدم من أنه نائب الموصي ، وأنه يملك بيع البعض فملك بيع الكل ، كما يعلم من كلام أكثر الأصحاب ، والحكم المذكور لا يتقيد بالعقار ، بل يثبت فيما عداه ، إلا الفروج احتياطاً . نص عليه . قال يعقوب ابن بختان: سألت أبا عبد الله عن الوصي يبيع على البالغ الغائب ، فقال : إنما الوصي بمنزلة الأب إذا كان من طريق النظر ، قلت لأبي عبد الله : فإن كان فرج ، قال: ما أحب أن يبيعه . وإنما خص العقار بالذكر ؛ لأن إبقاءه أحظ لليتيم ؛ فثبوت الحكم فيه منبه على الثبوت فيما دونه في ذلك ، قاله الحارثي . (ومن مات بنحو برية) كجزائر لا عمران بها (أو بلد ولا حاكم) حضر موته (ولا وصي)

له بأن لم يوص إلى أحد ، أو لم يقبل الموصى اليه (فلمسلم حضره أخذ تركته وبيع ما يراه) منها (مما يسرع فساده) لأنه موضع ضرورة لحفظ مال المسلم عليه ؛ إذ في تركه إتلاف له ، فيفعل الأصلح في التركة، فإن كان حفظها وحملها للورثة أصلح، وجب عليه ذلك (أو كان) البيع (أصلح) وجب بيعها حفظاً لها ، (ولو) كان في التركة (إماء) ؛ أي : فله بيعها ؛ لأنه موضع ضرورة ، وقال الإمام أحمد: أحب إليّ أن يتولى بيعهن حاكم ان تعذر نقلها إلى ورثته أو مكاتبتهم ليحضروا ويأخذوها انتهى. قال في « الشرح » : وانما توقف عن بيعهن على طريق الاختيار احتياطاً؛ لأن بيعهن يتضمن إباحة فروجهن. انتهى. وهو معنى كلام القاضي (ويجهزه) ؛ أي : المسلم الذي حضره (منها) ؛ أي : من تركته ان كانت وأمكن تكفينه منها (فإن لم تكن) تركة أو كانت ولم يمكن تجهيزه منها (فـ)يجهزه الذي حضره (من عنده ويرجع) بما جهزه به بالمعروف (عليها) ؛ أي : على تركته حيث كانت ، (أو) يرجع به (على من تلزمه نفقته) غير الزوج ؛ لأنه قام عنه بواجب ، (إن نواه)؛ أي : الرجوع سواء استأذن حاكماً أولا ، أشهد على نية الرجوع أولا (أو استأذن حاكما) في تجهيزه ؛ فله الرجوع على تركته ان كانت ، أو على من تلزمه نفقته ؛ لأنه لو لم يرجع إذن لامتنع الناس من فعله مع حاجة الناس اليه، وهذا ما لم ينو التبرع، فإن نواه ؛ فلا رجوع له على قياس ما تقدم فيمن قام عن غيره بدين واجب ، ولو قال المصنف: أو على من يلزمه كفنه لكان أولى من قوله: على من تلزمه نفقته ؛ إذ الزوج يلزمه نفقة زوجته ، ولا يلزمه كفنها ؛ فلا يرجع على زوجها بل على أبيها ونحوه ، والله أعلم .

كتاب الفرائض

الفرائض جمع فريضة بمعنى مفروضة ، والهاء فيها للنقل من المصدر إلى الاسم ، كالحفيرة من الفرض بمعنى التوقيت ، ومنه قوله تعالى: «فمن فرض فيهن الحج » [1] والجزء من الشيء كالتفريض ، ومن القوس موقع الوتر ، وماأوجبه الله ، كالمفروض ، والقراءة والسنة. يقال: فرض رسول الله صلى الله عليه وسلم ؛ أي: سن ، ونوع من التمر ، والجند يفترضون والترس ، وعود من أعواد البيت ، والعطية الموسومة ، وما فرضته على نفسك فوهبته ، ومن الزند حيث يقدح منه ، والحز الذي فيه و « سورة أنزلناها وفرضناها » [2] جعلنا فيها فرائض الأحكام ، وبالتشديد ؛ أي : جعلنا فيها فريضة بعد فريضة ، أو فصلناها وبيناها ، قاله في « القاموس » .

وهي شرعا (العلم بقسمة المواريث) جمع ميراث ، وهو الحق المخلف عن الميت ، وأصله موراث ، قلبت الواو ياء ؛ لانكسار ما قبلها ، ويقال له أيضاً التراث ، وأصل التاء فيه واو ، والإرث لغة : البقاء وانتقال الشيء من قوم الى قوم آخرين ، ويطلق بمعنى الميراث ، ويسمى القائم بهذا العلم : فارضاً وفريضاً وفرضياً — بفتح الراء وسكونها — وفراضاً وفرائضياً .

(وموضوعه) ؛ أي : هذا الفن (التركات) لأنها التي يبحث فيها عن عوارضها من تعلق حق الميت بمؤن التجهيز منها ، وتعلق حق الورثة بباقيها ، إما وحدهم أو مع مشاركة غيرهم ، كأصحاب الديون والوصايا (لا العدد) فإنه موضوع علم الحساب .

---

(١) سورة البقرة ، الآية : ١٩٧ (٢) سورة النور ، الآية : ١

(والفريضة) عرفا (نصيب مقدر شرعا لمستحقه) وقد رويت أحاديث تدل على فضل هذا العلم ، والحث على تعلمه وتعليمه ، فمنها قوله عليه الصلاة والسلام : « العلم ثلاثة وماسوى ذلك فضل: آية محكمة، وسنة قائمة ،وفريضة عادلة » . رواه ابن ماجه . وقوله عليه الصلاة والسلام: «تعلموا الفرائض وعلموها الناس ، فإني امرؤ مقبوض ، وإن العلم سيقبض وتظهر الفتن حتى يختلف اثنان في الفريضة فلايجدان من يفصل بينهما » . رواه أحمد والترمذي والحاكم. وعن عمر: تعلموا الفرائض، فإنها من دينكم. وعن أبي هريرة مرفوعاً :(تعلموا الفرائض وعلموها ؛ فانها نصف العلم ، وهو ينسى ، وهو أول علم ينزع من أمتي » . رواه ابن ماجة والدارقطني من رواية حفص بن عمر ، وقد ضعفه جماعة . واختلف في معناه . فقال أهل السلامة : لا نتكلم فيه ، بل يجب علينا اتباعه ، وقال قوم : هي نصف العلم باعتبار الحال ؛ فإن للناس حالتين : حياة ووفاة ، فالفرائض تتعلق بالثاني ، وباقي العلوم بالأول ،وقيل باعتبار الثواب؛ لأن له بتعليم مسألة واحدة من الفرائض مائة حسنة ، وبغيرها من العلوم عشر حسنات قيل : وأحسن الأقوال أن يقال : أسباب الملك نوعان: اختياري ، وهو ما يملك رده كالشراء والهبة ونحوهما ، وقهري وهو ما لا يملك رده ، وهو الإرث. وعنه عليه السلام : «أرحم أمتي بأمتي أبو بكر، وأشدها في دين الله عمر ، وأصدقها حياءً عثمان ، وأعلمها بالحلال والحرام معاذ بن جبل ، وأقرؤها لكتاب الله عز وجل أبيّ ، وأعلمها بالفرائض زيد بن ثابت ، ولكل أمة أمين ، وأمين هذه الأمة أبو عبيدة بن الجراح » . رواه أحمد والترمذي رضي الله عنهم أجمعين ، وحكي أن الوليد بن مسلم رأى في منامه أنه دخل بستانا ، فأكل من جميع ثمره إلا العنب الأبيض ، فقصه على شيخه الأوزاعي، فقال : تصيب من العلم كلها إلا الفرائض ؛ فإنها جوهر العلم ، كما أن العنب الأبيض جوهر العنب. والأصل فيها الكتاب والسنة، وستقف على ذلك مفصلا .

(ومن مات بدىء من تركته بـ)كفنه وحنوطـــه و(مؤنة تجهيزه) بالمعروف ودفنه من صلب ماله (مقدما) ذلك (على نحو دين برهن) كأرش جناية؛إذ لا يقضى دينه إلا بما فضل عن حاجته (وما بقي) بعدمؤنة تجهيز بالمعروف (فتقضى منه ديونه) سواء وصى بها أولا ، وتقدم ، ويبدأ منها بالمتعلق بعين المال كدين برهن وأرش جناية برقبة العبد الجاني ، ثم الديون المرسلة في الذمة، سواء كانت لله تعالى (كزكاة) المال وصدقة الفطر و (الـ)كفارة) والحـج الواجب والنــــذر (أو) كانت (لآدمي كدين) من قرض وثمن وأجرة وجعالة استقرت، ونحوها كعقل بعد الحول (وأرش جناية وقيمة متلف) لما تقدم من أنه صلى الله عليه وسلم قضى بالدين قبل الوصية ، فإن ضاق المال تحاصوا (وما بقي) بعد ذلك (فتنفذ وصـاياه) لأجنبي (من ثلثه حيث لا إجازة) من الورثة (ثم يقسم ما بقي) بعد ذلك (على ورثته) لقوله تعالى : « من بعد وصية يوصى بها أو دين »[1] .

(وأسباب إرث) ؛ اي : انتقال التركة عن ميت إلى حي بموته (ثلاثة فقط) فلا يرث ولا يورث بغيرها كالموالاة ؛ أي : المؤاخاة والمعاقدة ، وهي المحالفة ، وإسلامه على يديه، وكونهما من أهل ديوان واحد، والتقاط؛ لحديث : « انما الولاء لمن أعتق » .

أحدها:(رحم ، وهو القرابة) لقوله تعالى:«وأولوا الأرحام بعضهم أولى ببعض في كتاب الله »[2] .

(و) الثاني (نكاح) لقوله تعالى :« ولـكم نصف ما ترك أزواجكم »[3] الآية (وهو عقد الزوجية الصحيح) سواء دخـل أولا ، فلا إرث في نـكاح فاسد ، لأن وجوده كعدمه .

(و) الثالث (ولاء عتق) فيرث به المعتق وعصبته من عتيقه (ولو)كان

---

(١) سورة النساء ، الآية : ١١ (٢) سورة الانفال ، الآية : ٧٥

(٣) سورة النساء ، الآية : ١٢

(في شراء فاسد) لحديث : « الولاء لحمة كلحمة النسب » . رواه ابن حبان . فشبه الولاء بالنسب ، والنسب يورث به ؛ فكذا الولاء ، ووجه التشبيه أن السيد أخرج عبده بعتقه إياه من حيز المملوكية التي ساوى بها البهائم ، إلى حيز المالكية التي ساوى بها الأناسي ، فأشبه بذلك الولادة التي أخرجت المولود من العدم إلى الوجود .

(وموانعه) ؛ أي : التوارث (ثلاثة : رق وقتل واختـــلاف دين) وتأتي مفصلة .

(وأركانه ثلاثة : مورث ووارث وحق موروث) .

وشروطه ثلاثة: تحقق حياة الوارث أو الحاقه بالأحيـاء ، وتحقق موت المورث أو إلحاقه بالأموات ، والعلم بالجهة المقتضيه للارث ، وتعلم مما يأتي .

(وتركة الأنبياء) عليهم الصلاة والسلام (صدقة لا إرث) لحديث : « انا معاشر الأنبياء لا نورث ، ما تركناه صدقة » . رواه الشيخان .

(والمجمع على توريثهم من الذكور عشرة: الابن وابنه وإن نزل) بمحض الذكور، لقوله تعالى : « يوصيكم الله في أولادكم » الاية[1] وابن الابن؛ لقوله تعالى : « يا بني آدم » [2] « يا بني إسرائيل » [3] (والأب وأبوه وان علا) بمحض الذكور، لقوله تعالى : « ولأبويه لكل واحـــد منهما السدس » [1] والجد تناوله النص؛ لدخول ولد الابن في الأولاد ، وقيل:ثبت نسبه بالسنة ؛ لأنه عليه الصلاة والسلام أعطـاه السدس (والأخ من كل جهة) شقيقا كان أو لأب أو لأم ، أما الذي لأم، فلقوله تعالى:«وله أخ أو أخت فلكل واحدمنهما السدس » [4] فإنها في الأخوة للأم كما يأتي ، وأما الذي لأبوين أو لأب ؛فلقوله

---

(١) سورة النساء ، الاية : ١١ (٢) سورة الاعراف ، الاية : ٢٦

(٣) سورة البقرة ، الاية : ٤٠ (٤) سورة النساء ، الاية : ١٢

تعالى : « وهو يرثها إن لم يكن لها ولد »[1] (وابن الاخ لا) إن كان الأخ (من الأم) فقط ، فابنه من ذوي الأرحام (والعم) لا من الأم (وابنه كذلك) ؛ أي : لا من الأم ؛ لقوله عليه السلام : « ألحقوا الفرائض بأهلها فما بقي فلأولى رجل ذكر » وأما العم لأم وابنه فمن ذوي الأرحام (والزوج) لقوله تعالى : « ولكم نصف ما ترك أزواجكم »[2] (والمعتق) وعصبته المتعصبون بأنفسهم للخبر والإجماع .

(و)المجمع على توريثهن (من الإناث سبع : البنت وبنت الإبن وإن نزل) أبوها بمحض الذكور، لقوله تعالى: « يوصيكم الله في أولادكم »[3] (والأم والجدة مطلقاً) سواء كانت من قبلها أو من قبل الأم على التفصيل الآتي : (والأخت مطلقاً) سواء كانت شقيقة أو لأب أو لأم (والزوجة) هي بالتاء لغة سائر العرب ما عدا أهل الحجاز ، اقتصر الفقهاء والفرضيون عليها ؛للايضاح وخوف اللبس (والمعتقة) ومعتقها وإن علت ، فدليل ذلك يعلم مما تقدم ، ومما يأتي ، وما عدا المذكورين فمن ذوي الأرحام ، ويأتي حكمهم .

(والوارث ثلاثة) أصناف : (ذو فرض) ؛ أي : نصيب (وعصبة) يرثون بلا تقدير (و)ذو (رحم) يرثون عند عدم العصبات،وأصحاب الفروض غير الزوجين .

(ومتى اجتمع كل الذكور) المجمع على إرثهم (ورث) منهم (ابن وأب وزوج) فقط (و)متى اجتمع (كل الإناث ورث) منهن (بنت وبنت ابن وأم وزوجة وشقيقة ، ويمكن الجمع من الصنفين ، ويرث منهم أبوان وولدان وأحد الزوجين .

---

(١) سورة النساء ، الآية : ١٧٦ (٢) سورة النساء ، الآية : ١٢

(٣) سورة النساء ، الآية : ١١

(فرع : اسم) الإخوة والأخوات (الأشقاء بني الأعيان ؛ لأنهم من عين) واحدة ، (و)اسم الإخوة والأخوات إذا كانوا (للأب) فقط (بني العلات) جمع علة ، بفتح العين المهملة (أي : الضرات) وبنو العلات بنوا أمهات شتى من رجل ؛ لأن الذي يتزوجها على أولى، كان قد تأهل قبلها، ثم علّ من هذه ، (و)اسم الإخوة والأخوات (للأم بني الأخياف) – بالخاء المعجمة تليها ياء تحتية مثناه – سموا بذلك ؛ لأن الأخياف الأخلاط ، فهم من أخلاط الرجال ليسوا من رجل واحد .

(والكلالة اسم للورثة ما عدا الوالدين والمولولدين نصاً) وروي عن أبي بكر رضي الله عنه أنه قال : الكلالة من عدا الولد والوالد ، واحتج من ذهب إلى هذا بقول الفرزوق .

ورثتم قناة المجد لا عن كلالة   عن ابني مناف عبد شمس وهاشم

واشتقاقه من الإكليل الذي يحيط بالرأس ، ولا يعلو عليه ، فكأن الورثة ما عدا الوالد والولد قد أحاطوا بالميت من حوله ، لا من طرفيه أعلاه وأسفله كإحاطة الإكليل بالرأس ، فأما الوالد والولد فهما طرفا الرجل ،فإذا ذهبا كان بقية النسب كلالة. قال الشاعر :

فكيف بأطرافي إذا ما شتمتني   وما بعد شتم الوالدين صلوح

(واختار جمع) أن الكلالة (اسم للميت نفسه ؛أي: الذي لا ولدله ولا والد) يروى ذلك عن عمر وعلي وابن مسعود . وقيل: الكلالة :قرابة الأم ، واحتجوا بقول الفرزق الذي ذكرناه ،فإنه عنى أنكم ورثتم الملك عن آبائكم ، لا عن أمهاتكم . ويروى عن الزهري أنه قال : الميت الذي لا ولد له ولا والد كلالة ، ويسمى وارثه كلالة ، والآيتان في سورة النساء المراد بالكلالة فيهما الميت (ولا خلاف في إطلاقه) ؛ أي : اسم الكلالة (على الإخوة من الجهات كلها) وقد دل على صحة ذلك قول جابر :يارسول الله: كيف الميراث؟ إنما يرثني

كلالة ، فجعل الوارث هو الكلالة ، ولم يكن لجابر يومئذ ولد ولا والد . وممن ذهب إلى أنه يشترط في الكلالة عدم الولد والوالد: زيد، وابن عباس، وجابر بن زيد والحسن وقتادة والنخعي وأهل المدينة والبصرة والكوفة ، ويروى عن ابن عباس أنه قال : الكلالة من لا ولد له ، ويروى ذلك عن عمر ، والصحيح عنهما كقول الجماعة .

باب الفروض

الفروض جمع فرض، وهو في اللغة: الجزء والقطع والتقدير . وفي العرف: النصيب المقدر شرعاً لوارث خاص ، لا يزاد الا بالرد ، ولا ينقص الا بالعول وقوله (وذويها) ؛ أي : ذوي الأنصباء المقدرة – ولو في بعض الصور – كالأب مع ذكورية الولد ، وإن سفل ؛ فإن إرثه في هذه الصورة مفروض ، وهو السدس فقط ، وأما في غيرها ففيه تفصيل يأتي .

(وهم) ؛أي : ذو الفروض (كل الإناث) المتقدم ذكرهن (إلا المعتقة) فإنها عصبة كما تقدم (و) ذوو الفروض من الذكور (الأب) المباشر للولادة (والجد) لأب (والزوج والأخ للأم) ذكراً كان أو أنثى .

(والفروض)القرآنية (ست: نصف وربع وثمن وثلثان وثلث وسدس) وإن شئت قلت: النصف والثلثان ونصفهما ونصف نصفهما، أو الثمن والسدس وضعفهما وضعف ضعفهما ، أو الربع والثلث وضعف كل ونصف كل ، وثلث الباقي. ثبت باجتهاد الصحابة رضي الله عنهم .

(فالنصف لخمس : لزوج حيث لا فرع وارث لزوجة) بالإجماع، ذكراً كان أو أنثى ؛ لقوله تعالى : « ولكم نصف ما ترك أزواجكم ان لم يكن لهن

ولد »[1] (ولبنت) عند انفرادها عمن يعصبها وهو أخوها ؛ لقوله تعالى : « وإن كانت واحدة فلها النصف »[2] (وبنت ابن مع عدم ولد صلب)وعدم معصب لها، كأخ أو ابن عم إجماعا قياساً على بنت الصلب (ولأخت شقيقة مع عدم فرع وارث) وعدم معصب لها من أخ شقيق أو جد (ولأخت لأب مع عدم الأشقاء) من ذكر أو أنثى ، وعدم معصب لها من أخ لأب أو جد ، وعدم فرع وارث .

(والربع لاثنين: لزوج مع فرع وارث لها) ؛أي : الزوجة ذكراً كان أو أنثى منه أو من غيره ، وولد بنيها كذلك، لقوله تعالى: « فإن كان لهن ولد فلكم الربع مما تركن »[1] .

(و) الربع (لزوجة فأكثر مع عدمه) ؛أي : الفرع الوارث (له) ؛ أي : الزوج ، سواء كان الولد ذكراً أو أنثى ، من الزوجة ، أو من غيرها، لقوله تعالى : « ولهن الربع مما تركتم إن لم يكن لكم ولد »[1] (و) إن كانت الزوجة (معه) ؛ أي : مع ولد الزوج أو ولد بنيه (فـ)ـلها (الثمن)إجماعا.

(والثلثان لأربعة : لذوات النصف) وهو البنت وبنت الابن والأخت الشقيقة والأخت لأب ف(إذا تعددت) ؛أي: ذوات النصف ؛ بأن كن ثنتين فأكثر ؛ حزن الثلثين ، وما روي عن ابن عباس أن للبنتين النصف ؛ لمفهوم قوله تعالى : « فإن كن نساء فوق اثنتين فلهن ثلثا ما ترك »[2] فمنكر لم يصح عنه ، والذي صح عنه موافقة الناس كما قاله ابن عبد البر، ودليل الإجماع فيما زاد على الثنتين الآية المذكورة ، وهي قوله : « فإن كن نساء فوق اثنتين فلهن ثلثا ما ترك »[2] وفي البنتين القياس على الأختين،وهذا من أحسن ما أجيب به عن شبهة ابن عباس ان صحت عنه .

---

(١) سورة النساء ، الآية : ١٢ (٢) سورة النساء ، الآية : ١١

فائدة : لا بد من اشتراط عدم المعصب في إرث هؤلاء الإناث الثلثين ، ولا بد من اشتراط عـــدم الأولاد في ارث بنات الابن الثلثين ، وفي إرث الأخوات كذلك ، ولا بد من اشتراط عدم الأشقـاء في إرث الاخوة للأب الثلثين ، وكل ذلك معلوم ، وضابط أصحاب الثلثين أن تقول : الثلثان فرض اثنتين متساويتين فأكثر ممن يرث النصف ،وهي عبارة ابن الهائم ، وخرج بقوله اثنتين الزوج ، وبقوله متساويتين مثل بنت وأخت لغير أم ، ولا يتصور اجتماع صنفين لكل منهما الثلثان .

(والثلث لثلاثة : لولدي الام فأكثر يستوي فيه ذكر وأنثى) لقوله تعالى : « فإن كانوا أكثر من ذلك فهم شركاء في الثلث »[1] (وللجد في بعض أحواله) مع الاخوة ، وقد يرث ثلث الباقي في بعض أحواله معهم ، ويأتي في باب الجد والاخوة (وللأم حيث لا فرع وارث لميت) من ولد أو والد (ولا جمع من إخوة) اثنين فأكثر (أو أخوات) أو خناثى، ولا فرق في الاخوة بين كونهم أشقـــاء أو لأب أو لأم أو مختلفين ، ولا بين كونهم وارثين أو محجوبين أو بعضهم حجب شخص ، بخـــلاف المحجوب بالوصف من الأولاد والاخوة ؛ فإن وجوده كالعدم ، والأصل في ذلك قوله تعالى : « فإن لم يكن له ولد وورثه أبواه فلأمه الثلث »[2] مـع مفهوم قوله : « فإن كان له اخوة فلأمه السدس »[2] وقال ابن عباس لعثمان : ليس الأخوان إخوة في لسان قومك ، فلم تحجب بها الأم ، فقال : لا أستطيع أن أرد شيئـــاً كان قبلي ، ومضى في البلدان ، وتوارث الناس به ، وهذا من عثمان يدل على اجتماع الناس على ذلك قبل مخالفة ابن عباس . وقال الزمخشري : هنـا لفظ الاخوة يتناول الأخوين ؛ لأن المقصود الجمعية المطلقة من غير كمية (لكن لو كان هناك أب

---

(١) سورة النساء ، الآية : ١٢ (٢) سورة النساء ، الآية : ١١

وأم وزوج أو زوجة) وهما العمريتان لقضاء عمر بهما، والغراوان لشهرتهما (كان لها) ؛ أي : الأم (ثلث الباقي) بعد الزوجين ، قضى بذلك عمر ، فتبعه عليه عثمان وزيد بن ثابت وابن مسعود ، وبه قال الجمهور، وقال ابن عباس : لها ثلث المال كله في المسألتين ؛ لظاهر الآية ، والحجة معه لولا انعقاد الاجماع من من الصحابة على خلافه ، ووجهه أنهما استويا في النسب المدلي بها وهو الولادة، وامتاز الأب بالتعصيب ، بخلاف الجد ، فلو أعطينا الزوج فرضه ، وأخذت الأم الثلث ؛ لزم تفضيل أنثى على ذكر من حيز واحد في مرتبة واحدة ، أو أعطينا الزوجة فرضها والأم الثلث كاملا؛ لزم أن لا يفضل عليها التفضيل المعهود مع اتحاد الجهة والرتبة ؛ فلذلك استدركوا هذا المحذور ، وأعطوا الأم ثلث الباقي والأب ثلثيه ؛ مراعاة لهذه المصلحة ، والحاصل أن ابن عباس خالف الصحابة في خمس مسائل اشتهر قوله فيها : إحداها: زوج وأبوان ، والثانية امرأة وأبوان ، للأم ثلث الباقي عندهم ، وجعل هو لها ثلث المال منهما . الثالثة لا يحجب الأم إلا بثلاثة إخوة . الرابعة لم يجعل الاخوات مع البنات عصبة . الخامسة لم يعل المسائل ، وهذه الخمس صحت الرواية عنه فيها ، واشتهر القول عنه بها (وإذا لم يكن لولدها) ؛ أي: الأم (أب لكونه ولد زنا أو) لكونه (منفياً بلعان أو) لكونها (ادعته) أنه ولدها (وألحق بها) ولو كانت ذات زوج دون زوجها الجاحد له (فمنقطع تعصيبه) ؛ أي : الولد (ممن نفاه) بلعان (ونحوه) كجحد زوج المقرة به (فلا يرثه) النافي (ولا) يرثه (أحد من عصباته) لانقطاع السبب وهو النسب ، وكذا الزاني وعصبته لا يرثون ولد الزنا، وكذا زوج المقرة وعصبته لا يرثون من أقرت به إن لم يصدقوها ؛ لانقطاع نسبه (ولو) كان (التعصيب بإخوة من أم إذا ولدت توأمين) من زنا أو زوج (ونفيا) ؛ أي : نفاهما الزوج بلعان ، فإذا مات أحدهما لم يرثه الآخر بإخوته لأبيه ، ولا يحجب توأمه أحداً ممن يحجبه الأخ لأب ؛ لأنه لم يثبت لواحد منهما

نسب أبوه (وترث أمه) ؛ أي : أم من لا أب له منه فرضها (و) يرث (ذو فرض منه) ؛ أي : من ولد زنا ومنفي بلعان ونحوه (فرضه) كغيره ؛ لأن كونه لا أب له لا تأثير له في منع ذي فرض من فرضه (وعصبته) ؛ أي : عصبة من لا أب له شرعاً (بعد ابنه وإن نزل عصبة أمه، لا هي) ؛ أي : لا أمه عصبته ، سواء وجد وارث غيرها أو لم يوجد ؛ لأن الأم من ذوات الفروض، وكون عصبته عصبة أمه. روي عن علي وابن عباس وابن عمر ، إلا أن عليا يجعل ذو السهم من ذوي الأرحام أحق ممن لا سهم له ، ووجه قولنا قوله عليه الصلاة والسلام : « ألحقوا الفرائض بأهلها فما بقي فلأولى رجل ذكر » . متفق عليه ، وقد انقطعت العصوبة من جهة الأب ، فبقي أولى الرجال به أقارب أمه ، فيكون ميراثه بعد أخذ ذوي الفروض فرضهم له ، وفي حديث سهل بن سعد في المتلاعنين : « فجرت السنة أن يرثها ، وأنها ترث منه ما فرضه الله لها » . رواه الشيخان . ومفهومه أنها لا ترث أكثر من فرضها ، فيبقى الباقي لذوي قرابته ، وهم قرابته ، وعلى هذا إن كانت أمه مولاة ، فما بقي لمولاها ، فإن لم يكن لأمه عصبة ، فلها الثلث فرضاً ، والباقي رداً في قول علي وسائر من يرى الرد (في إرث) فقط ، كقولنا في الأخوات مع البنات عصبة (لا في عقد نكاح) فلا يزوجونه ، ولا في ولاية ماله ، (و) لا ولاية لهم عليه ، سواء كان ذكراً أو أنثى في (عقل) فلا يعقلون عنه ، كما لو علم أبوه ؛ لأنهم ينتسبون إليه بقرابة الأم وهي ضعيفة ، ولا يلزم من التعصيب في الميراث التعصيب في غيره كما في الأخوات مع البنات (ويكون الميراث) ؛ أي : الباقي بعد الفروض إن كانت (لأقربهم) ؛ أي : العصبة من الأم (فأم وخال) لمن مات ولا أب له و (له) ؛ أي : الخال (الباقي بعد) أخذ الام (الثلث) لان الخال عصبة الام (و) إن كان (معهما) ؛ أي : الام والخال و (الأخ لام) السدس فرضا والباقي تعصيباً ، ويسقط الخال ؛ لان أخ الميت لأمه أقرب من الخال ، فيقدم عليه (أو) كان

مع الام والخال (ابنه) ؛ أي : ابن الاخ لام — وإن نزل — فللأم الثلث ، و(له) ؛ أي : ابن الاخ لام (السدس فرضاً والباقي تعصيباً ؛ لأنه) ؛ أي : ابن الاخ لام (أقرب من الخال) فيسقط كالتي قبلها ، وكذا لا شيء للخال مع أبي أم ، وإن اجتمع مع أم جدها وأخوها ؛ فالباقي بعـد فرضها بينهما نصفين ؛ وإن لم يخلف إلا أخا لام ؛ فالكل له ، أو لم يخلف إلا خالة وخالا ومولى أم ؛ فالكل للخال ؛ لأنه عصبة من النسب (ويرث) منه (أخوه لأمه مع بنته) بالعصوبة فقط (النصف تعصيباً) فإذا مات عن بنت وأخ لام ؛ فلبنته النصف والباقي لأخيه لأمه عصوبة ، ولا شيء له بالفرض ؛ لسقوطه بالبنت ، و(لا) ترث منه (أخته لامه) مع بنته شيئاً ؛ لانها تحجبها عن الفرض ، ولا عصوبة لها ، فإذا خلف من لا أب له بنتاً وأختا لام ؛ فلبنته النصف فرضاً والباقي للأخ تعصيباً ؛ لانه أقرب عصبة أمه ، وبدون البنت لهما الثلث فرضاً ورداً والباقي للأخ عصوبة ، ومنه يعلم أن المراد بعصبة الأم العصبة بالنفس لا بالغير ، وإن خلف أختا وابن أخ فلأخته السدس ، ولابن أخيه الباقي . وإن خلف بنتا وبنت ابن ومولى أمه ؛ فالباقي له بعد فرضها ومعهما أم لها السدس والباقي لمولاها ، وإن خلف زوجة وجدة وأختين وابن أخ ؛ فللزوجة الربع ، وللجدة السدس ، وللأختين الثلث ، والباقي لابن الاخ . وإن خلف بنتاً وأبا أم وابن أخ وبنت أخ ؛ فالباقي بعد فرض البنت لابن الاخ وحده ؛ لانه أقوى عصوبة ، وإلا يخلف إلا ذا رحم فكغيره من ذوي الأرحام على ما يأتي (وإن مات ابن ابن ملاعنة وخلف أمه وجدته أم أبيه الملاعنة) ولا عصبة (فالكل لأمه فرضاً ورداً) لأن الجدة لا ترث مع الأم ، وإن خلف جدتيه فالمال بينهما فرضاً ورداً ، وإن خلف أم أمه وخال أبيه ؛ فلأم أمه السدس، والباقي لخال أبيه ؛ لأنه عصبة أبيه ، وان خلف خالا وعما وخال أب وأبا أم أب ؛ فالكل للعم ؛ لأنه ابن الملاعنة ، فإن لم يكن له عم فهو لابي أم الاب؛

لانه أبوها ، فإن لم يكن فهو لخال الاب ؛ لانه أخوها ، فإن لم يكن فللخال؛ لانه ذو رحم الميت ، وإن مات ابن ابن ابن ملاعنة عن عمه وعم أبيه ؛ فالمال كله لعمه ؛ لانه أقرب عصبته ، وإن خلف خاله وخال أبيه وخال جده؛ فالمال لخال جده أخي الملاعنة ؛ لانه عصبة أبي أبيه ، فإن لم يكن له خال جد ؛ فالمال لخاله ؛ لانه بمنزلة أمه دون خال أبيه ؛ لانه بمنزلة جدته ، والام تحجب الجدة (وإذا) قسم ميراث ابن الملاعنة،ثم (كذّب ملاعن نفسه، لحقه الولد) وإن لم يكن له ولد ولا توأم ؛ لانه أقر بحق عليه ، ولا نظر للتهمة (ونقضت القسمة) كما لو اقتسموه في غيبة بعضهم .

تتمة : اذا تم اللعان انقطع التوارث بين الزوجين ؛ لانقطاع النكاح الذي هو سببه ، وإن مات أحدهما قبل إتمامه ورثه الآخر ؛ لبقاء النكاح إلى الموت ، وعدم المانع .

(فصل : والسدس لسبعة: لأم مع فرع وارث) ذكراً كان أو أنثى أو خنثى، واحداً أو متعدداً، ومع ولد الابن كذلك؛ لقوله تعالى : « ولأبويه لكل واحد منهما السدس مما ترك إن كان له ولد»[1] (أو) ؛أي : ومع (جمع) اثنين فأكثر (مع إخوة أو) جمع ثنتين فأكثر من (أخوات) أو خناثى كاملي الحرية ، ومع نقص الحرية بالحساب ، فإن خلف أخوين نصف كل حر ؛فالسدس ثابت للأم على كل حال ، وإنما يقع الحجب في السدس الواحد ، فنقول : لو كانا حرين كان لها سدسها الأول ، ولو كانا رقيقين كان لها السدس الثاني ، فمع رق نصفهما يكون لها نصف هذا السدس الذي وقع فيه الحجب ، وعلى هذا فقس، ولا يصح أن نقول : اذا كان نصفهما حراً فهما بمنزلة أخ واحد فلها ثلث ؛لأن الأخ الواحد لا يحجبها الى السدس؛ لأنه يلزم من هذا إلغاء قولهم: المبعض يرث، ويحجب بقدر ما فيه من الحرية ؛ لأنه حينئذ لا حجب ؛ لأن هذا السدس الذي

---

(١) سورة النساء ، الآية : ١١

في يدها ثابت لهـــا ، والأصل في ذلك قوله تعالى : « فإن كان له اخوة فلأمه السدس»[1] (و) السدس أيضاً (لواحد من ولدها) ؛ أي : الأم ذكراً كان أو أنثى (و) هو أيضاً (لبنت ابن فأكثر مع بنت) واحدة من (صلب) وكذا بنت ابن نازلة فأكثر مع بنت ابن واحدة أعلى منها (و) هو أيضاً (لأخت لأب فأكثر مع) أخت واحدة (شقيقة، و) هو أيضاً (لأب) مع فرع وارث (أو جد مع فرع وارث) وكذا في حال من أحواله مع الإخوة ، وستأتي (و) هو أيضاً (لجدة فأكثر) سواء كانت (معه) ؛ أي : الفرع الوارث (أو لا) يكن فرع وارث أصلاً (مع تساو) ؛ أي : تساوي الجدات في القرب أو البعد من الميت ؛ لحديث عبادة بن الصامت : « أن النبي صلى الله عليـه وسلم قضى للجدتين من الميراث بالسدس بينهما». رواه عبد الله بن أحمد في زوائد المسند (وتحجب قربى من الجدات (بعدى) منهن (مطلقاً) ؛ أي: سواء كانتا [من] جهة أو من جهتين، وسواء كانت القربى من جهة الأم، والبعدى من جهة الأب إجماعاً أو بالعكس ؛ لأنها جدة قربى ، فتحجب البعدى كالتي من قبل الأم ، ولأن الجدات أمهات يرثن ميراثاً واحداً من جهة واحدة ، فإذا اجتمعن فالميراث لأقربهن كالآباء والأبناء والاخوة والبنات (ولا يرث) من الجدات (أكثر من ثلاث) بلا نزاع.

(ويتجه) الاقتصار على ثلاث جدات (في غير لحوق) مورث (بجمع) من الرجال ، أما إذا ألحقت القافة شخصاً مجهول النسب بعـــدد من الرجال ، ثم مات فترثه جميع جـــداته لآبائه مع أم أمـه ، لكن مقتضى ما يأتي في الطلاق أنه يقرع بينهن ، فمن خرجت لها القرعة ؛ ورثت مع أم أمه وأم أبي أبيه[2] ، والثلاث جدات المذكورات هن : (أم أم ، وأم أب ، وأم أبي أب) فقط، ومن كان من أمهاتهن (وان علون أمومة) روي ذلك عن علي وزيد بن

---

(١) سورة النساء ، الآية : ١١

(٢) أقول : ذكره الجراعي ، وهو مشار اليه في « الاقناع » وصريح في شرحه ، وقول شيخنا : لكن النح هذا شيء آخر لامحل له هنا ، فتأمل . انتهى .

ثابت وابن مسعود، لما روى سعيد في «سننه» عن إبراهيم النخعي أن رسول الله صلى الله عليه وسلم ورث ثلاث جدات، ثنتين من قبل الأب وواحدة من قبل الأم، وأخرجه أبو عبيد والدارقطني وروى سعيد أيضاً عن إبراهيم أنهم كانوا يورثون من الجدات ثلاثا، ثنتين من قبل الأب وواحدة من قبل الإم، وهذا يدل على التحديد بثلاث، وأنه لا يورث من فوقها (فلا ميراث لأم أبي أم أب) ولا لكل جدة أدلت بأب بين أمين (ولا لأم أبي جد) لأن القرابة كلما بعدت ضعفت، والجدودة جهة ضعيفة بالنسبة الى غيرها من القرابات، ولذلك بيّن الله تعالى فروض الورثة، ولم يذكر الجدات، فإذا بعدن زدن ضعفاً، فيكون من عداهن من ذوي الأرحام (و) الجدات (المتحاذيات) ؛ أي: المتساويات في الدرجة (أم أم أم، و) أم (أم أب، وأم أبي أب) وكذا أم أم أم أم، وأم أم أم أب، وأم أم أبي أب، وإن أردت تنزيل الجدات الوارثات وغيرهن فاعلم أن للميت في الدرجة الاولى جدبين أم أمه وأم أبيه، وفي الثانية أربع؛ لأن لكل واحد من أبويه جدة، فهما أربعة بالنسبة اليه، وفي الثالثة ثمان ؛ لأن لكل من ولديه أربعاً على هذا الوجه، فيكون لولدهما ثمان، وعلى هذا كلما علون درجة يضاعف عددهن، ولا يرث منهن إلا ثلاث.

(و) لجدة (ذات قرابتين مع) جدة (ذات قرابة) واحدة (ثلثا السدس، وللأخرى) ذات القرابة الواحدة (ثلثه) ؛ أي: السدس ؛ لأن ذات القرابتين شخص ذو قرابتين يرث بكل واحدة منها منفردة لا يرجح بها على غيره، فوجب أن ترث بكل واحدة منهما، كابن العم اذا كان أخا لأم أو زوجاً، وفارقت الاخ لأبوين ؛ لأنه رجح بقرابته على الاخ لأب، ولا يجمع بين الترجيح بالقرابة الزائدة والتوريث بها، فإذا وجد أحدهما انتفى الآخر، ولا ينبغي أن يخل بها جميعاً، وههنا قد انتفى الترجيح بالقرابة الزائدة ؛ فيثبت التوريث، خلافاً للشافعي وأبي يوسف ؛ فإنهما قالا: السدس بينهما نصفان، (فلو تزوج

بنت عمته فأتت بولد فجدته) ؛ أي : المتزوج لأبيه بالنسبة الى الولد الذي ولد بينهما (أم أم أمه) ؛أي : ولدهما (وأم أبي أبيه) فترث معها أم أم أبيه ثلث السدس ، (و) إن تزوج (بنت خالته) فأتت بولد (فجدته) بالنسبة الى الولد (أم أم أم ، وأم أم أب) فترث أم أبي أبيه معها ثلث السدس (ولا يمكن أن ترث جدة لجهة) واحدة (مع) جدة (ذات ثلاث) جهات (فلو تزوج هذا الولد بنت خالة له، فالجدة المذكورة) بالنسبة اليه (أم أم أم أم، وأم أم [أم] أب، و[أم] أم أبي أب) فهذه الجدة في هذه الصور ينحصر السدس فيها ؛ لأنا لا نورث أكثر من ثلاث جدات .

(فرع : للأب والجد ثلاث حالات) الاولى أنهما (يرثان بتعصيب فقط مع عدم فرع وارث) كولد وولد ابن ، (و) الثانية أنهما يرثان (بفرض فقط مع ذكوريته) ؛ أي: الفرع الوارث كالابن وإن نزل، (و) الثالثة أنهما يرثان (بفرض وتعصيب مع أنوثته) ؛أي: الولد وولد الابن ، والله أعلم .

باب العصبات

العصبات : جمع عصبة ، وهو جمع عاصب من العصب ، وهو الشد ، ومنه عصابة الرأس ؛ لأنه يعصب بها ؛ أي : يشد ، والعصب ؛ لأنه يشد الأعضاء ، وعصابة القوم لاشتداد بعضهم ببعض ، وهذا يوم عصيب ؛ أي : شديد، فسميت القرابة عصبة ؛ لشدة الأزر . وفي الاصطلاح هو الوارث بغير تقدير ، أو من يحوز المال اذا لم يكن معه صاحب فرض ، ويأتي . وهم ثلاثة أنواع: عصبة بنفسه كالمعتق وكل ذكر نسيب ليس بينه وبين الميت أنثى كالابن،

وعصبة بغيره كالبنت وبنت الابن والاخت الشقيقة والاخت للأب ، كل بأخيها .

(النساء كلهن صاحبات فرض ، وليس فيهن) ؛ أي : النساء (عصبة بنفسه إلا المعتقة) فإنها عصبة بنفسها للعتيق ولمن انتمى اليه بنسب أو ولاء على التفصيل المذكور في باب الولاء .

(والرجال كلهم عصبات بأنفسهم سوى زوج وأخ لأم) فإنهما صاحبا فرض .

(والأخوات) الشقيقات أو لأب الواحدة فأكثر (مع البنات عصبات) بشرط أن لا يكون مع الاخت أخوها ، فإن كان فهي عصبة بالغير لا مع الغير .

فائدة : حيث صارت الاخت الشقيقة عصبة مع الغير صارت كالأخ الشقيق ، فتحجب الإخوة للأب ، ذكوراً كانوا أو اناثاً ومن بعدهم من العصبات ، وحيث صارت الاخت للأب عصبة مع الغير صارت كالأخ ، فتحجب بني الإخوة ومن بعدهم من العصبات .

(والبنات وبنات الابن والاخوات الشقيقات أو لأب ، كل واحدة منهن مع أخيها عصبة به ، له) ؛ أي: أخيها (مثلا مالها) ؛ أي: فتكون الانثى منهن مع الذكر المساوي لها عصبة بالغير ، وتزيد بنت الابن عليهن بأنه يعصبها ابن ابن في درجتها ، سواء كان أخاها أو ابن عمها ، ويعصبها أيضاً ابن ابن أنزل منها اذا لم يكن لهـا شيء في الثلثين ، وتزيد الاخت شقيقة كانت أو لأب بأنها يعصبها الجد كما سيأتي . وأمثلة ذلك بنت فأكثر مع ابن فأكثر ، المال بينها أو بينهم للذكر مثل حظ الأنثيين ، ومثل ذلك بنت ابن ابن سواء كان أخاها أو ابن عمها ، وأخت شقيقة مع أخ شقيق ، وأخت لأب مع أخ لأب فأكثر ، في الجميع بنت وبنت ابن وابن ابن في درجتها ، سواء كان أخاها أو ابن عمها ، للبنت

النصف ، ولبنت الابن مع ابن الابن الباقي ، للذكر مثل حظ الانثيين . بنت ابن وابن ابن ابن أنزل منها، لها النصف والباقي له، فلا يعصبها لاستغنائها بفرضها . بنت وبنت ابن فأكثر وابن ابن، للبنت النصف ، ولبنت الابن فأكثر السدس تكملة الثلثين ، والباقي لابن ابن الابن النازل ؛ فلا يعصبها ؛ لما مر . بنتا ابن وابن ابن ابن، لهما الثلثان ، والباقي له ؛ لما مر . بنت وبنت ابن وبنت ابن ابن ، وابن ابن ابن نازل ، للبنت النصف ، ولبنت الابن السدس تكملة الثلثين، والباقي لبنت ابن ابن الابن مع ابن ابن ابن الابن المذكور ؛ للذكر مثل حظ الانثيين، وقس على ذلك . أخت شقيقة أو لأب مع جد، المال بينهما للذكر مثل حظ الانثيين ، كما سيأتي ، والاصل في ذلك قوله تعالى : « يوصيكم الله في أولادكم للذكر مثل حظ الأنثيين»[1] وقوله تعالى : « وإن كانوا إخوة رجالاً ونساءاً فللذكر مثل حظ الانثيين»[2] وقياس أولاد الابن على أولاد الصلب ما سيأتي إن شاء الله تعالى .

(وحكم العاصب أخذ كل التركة) لأنه بغير تقدير ، فمتى لم يكن معه ذو فرض أخذ المال كله ؛ وإن كان معه ذو فرض أخذ الباقي ، واختص التعصيب بالذكور غالباً ؛ لأنهم أهل الشدة والنصرة ، ولما اختلفت أحوالهم في الشدة بالقرب والبعد كان الأقرب أولى ، ومتى أطلق العاصب فالمراد العاصب بنفسه، فإنه (اذا انفرد) أخذ المال كله تعصيباً ؛ لقوله تعالى : « وهو يرثها إن لم يكن لها ولد»[2] وغير الاخ كالأخ (أو) يأخذ (ما أبقت الفروض) إن كان معه ذو فرض واحد فأكثر ؛ لحديث : « ألحقوا الفرائض بأهلها فما بقي فلأولى رجل ذكر». (وإن) استوعبت الفروض المال و (لم يبق شيء سقط) العاصب ؛ لمفهوم الحديث المذكور (كزوج وأم وإخوة لأم) اثنين فأكثر ، ذكورا أو إناثاً ، أو ذكراً وأنثى فأكثر (واخوة لأب أو) إخوة (لأبوين) ذكر فأكثر (أو أخوات) واحدة فأكثر (لاب أو) أخوات (لأبوين معهن أخوهن وهو)

---

(١) سورة للنساء ، الآية : ١١ (٢) سورة النساء ، الآية : ١٧٦

المسمى بالأخ (المشؤوم)لأن وجوده صار سبباً لحرمان نفسه وأخته من الميراث، فهذه المسألة من ستة (للزوج نصف) التركة ثلاثة (وللأم سدس) هـا واحد (وللاخوة للأم ثلث) ها اثنان (وسقط سائرهم) ؛ أي : باقيهم ؛ لاستغراق الفروض التركة (وتسمى) هذه المسألة (مع ولد الأبوين) الذكر فأكثر ،أو الذكر مع الإناث (المشتركة) وكذلك كل مسألة اجتمع فيها زوج وأم أو جدة واثنان فصاعداً من ولد الأم وعصبة من ولدالابوين ،وانما سميت المشتركة ؛ لأن بعض أهل العلم شرك فيهـــا ولد الأبوين وولد الام في فرض ولد الام ، فقسمه بينهم بالسوية (و) تسمى (الحمارية) لأنه يروى أن عمر أسقط ولد الأبوين ، فقـال بعضهم : يا أمير المؤمنين: هب أبانا حمارا ، أليست امنا واحدة؟ فشرك بينهم ، ويروى هـذا القول عن علي وابن مسعود وأبي بن كعب وابن عباس وأبي موسى ؛ لقوله تعـالى : « وإن كان رجل يورث كلالة أو امرأة وله أخ أو أخت فلكل واحـد منهما السدس ، فإن كانوا أكثر من ذلك فهم شركاء في الثلث »[1] ولا خلاف في أن المراد بهذه الآية ولد الام على الخصوص ، فمن شرك بينهم ، فلم يعط كل واحد منهما السدس ، فهو مخالف لظاهر القرآن ، ويلزم منه مخالفة ظاهر الآية الآخرى ، وهي قوله تعـــالى : « وإن كانوا إخوة رجالاً ونساء فللذكر مثل حظ الانثيين»[2] يراد بهذه الآية سائر الإخوة والاخوات ، وهم يسوون بين ذكرهم وأنثاهم ، وقال النبي صلى الله عليه وسلم: « ألحقوا الفرائض بأهلها » . ومن جهة المعنى أن ولد الأبوين عصبة لا فرض لهم ، وقد تم المـال بالفروض، فوجب أن يسقطوا ؛ كما لو كان مكان ولد الأم ابنتان،وقد انعقد الإجماع على أنه لو كان في هذه المسألة واحد من ولد الأم ومائة من ولد الابوين؛ لكان للواحد السدس ، وللمائة السدس الباقي ، لكل واحد عشرة ، فإذا جاز أن يفضلهم الواحد هذا الفضل كله، فلأن يسقطهم وجود الاثنين من باب أولى

---

(١) سورة النساء ، الآية : ١٢ (٢) سورة النساء ، الآية : ١٧٦

(ولو كان مكانهم) ؛أي: مكان الإخوة لابوين أو لأب (أخوات لابوين أو لأب) من غير ذالك (عالت) المسألة (الى عشرة) لازدحام الفروض ، للزوج النصف ثلاثـة ، وللأم أو الجدة السدس واحد ، وللاخوة الأم الثلث اثنان ، وللأخوات لأبوين أو لأب الثلثان أربعة (وتسمى) هذه المسألة ذات الفروخ، بالخاء المعجمة ، لكثرة عولها شبهوا أصلهـا بالام ، وعولها بفروخها ، وليس في الفرائض ما يعول بثلثيه سواها وشبهها (و) تسمى أيضا (الشريحية) لحدوثهـا زمن القاضي شريح ، روي أن رجلًا أتاه – وهو قاض بالبصرة – فقال : ما نصيب الرجل من زوجته ؟ قال : النصف مع غير الولد والربع معه ، فقال : امرأتي ماتت وخلفتني وأمها وأختيها لأمها وأختيها لأبيها وأمها ، فقال : لك إذن ثلاثة من عشرة ، فخرج من عنده وهو يقول : لم أر كقاضيكم لم يعطني نصفاً ولا ثلثاً ، فكان شريح يقول له اذا لقيه : اذا رأيتني ذكرت حاكماً جائراً ، واذا رأيتك ذكرت رجلا فاجراً ، إنك تكتم القضية، وتشيع الفاحشة .

(ومتى عدمت العصبة من النسب ورث المولى المعتق،ولو) كان (أنثى) لحديث : « الولاء لمن أعتق » ولحديث : « الولاء كلحمة النسب لا يباع ولا يوهب». رواه الخلال ، والنسب يورث به ، فكذا الولاء ، وروى سعيد بسنده عن عبد الله بن شداد قال : [كان] لبنت حمزة مولى أعتقته ، فمات ، وترك ابنته ومولاته ، فأعطى النبي صلى الله عليه وسلم بنته النصف ، وأعطى مولاته بنت حمزة النصف » . وروي أيضاً عن الحسن قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : «الميراث للعصبة، فإن لم يكن عصبة فللمولى ». (ثم عصبته) ؛أي: المولى المعتق ان لم يكن موجوداً (الأقرب فالأقرب، كنسب) لما روى أحمد عن زياد بن أبي مريم: « أن امرأة أعتقت عبداً لها، ثم توفيت، وتركت ابناً لها وأخاها، ثم توفي مولاها من بعدها، فأتى أخو المرأة وابنها رسول الله صلى الله عليه وسلم في ميراثه. فقال عليه الصلاة والسلام: « ميراثه لابن المرأة»، فقال أخوها: يا رسول الله لو جرّ جريرة

كانت عليّ ويكون ميراثه لهذا ؟ قال: «نعم» . ولأنه صار بين العتيق ومعتقه مضايفة كمضايفة النسب ؛ فورثه عصبة المعتق ؛ لأنهم يدلون به (ثم مولاه) أي: مولى المولى (كذلك) ؛ أي : يقدم مولى المولى ثم عصبته الأقرب فالاقرب كذلك، ثم مولى مولى المولى كذلك — وإن بعد — ولا شيء لموالي أبيه وإن قربوا ؛ لأنه عتيق مباشرة فلا ولاء عليه لموالي أبيه (ثم) بعد المولى وإن بعد وعصبته فـ (الرد) على ذوي الفروض غير الزوجين كما يأتي ؛ لقوله تعالى : « وأولو الأرحام بعضهم أولى ببعض»[1] فإن لم يرد الباقي على ذوي الفروض لم تتحقق الأولوية فيه ؛ لأنا نجعل غيرهم أولى به منهم ، والفروض إنما قدرت للورثة حالة الاجتماع ؛ لئلا يزدحموا فيأخذ الأقوى ، ويحرم الضعيف ، ولذلك فرض للاناث، وفرض للأب مع الولد دون غيره من الذكور ؛ لأن الأب أضعف من الولد وأقوى من بقية الورثة ، فاختص في موضع الضعف بالفرض ، وفي موضع القوة بالتعصيب (ثم) إن عدم ذو فرض يرد عليه فـ (الرحم) ؛ أي : تعطى ذوو الأرحام للآية المذكورة؛ ولأن سبب الإرث القرابة، بدليل أن الوارث من ذوي الفروض والعصبات إنما ورثوا لمشاركتهم الميت في نسبه، وهذا موجود في ذوي الأرحام ، فيرثون كغيرهم .

تنبيـه : لا يرث المولى من أسفل وهو العتيق من حيث كونه عتيقاً من معتقه ؛ لحديث : «إنما الولاء لمن أعتق» .

(ومتى كان العصبة عماً أو) كان (ابنه) ؛ أي : ابن عم (أو) كان (ابن أخ) لأبوين أو لأب (انفرد بالإرث دون أخواته) لأن أخوات هؤلاء من ذوي الارحام ، والعصبة مقدم على ذي الرحم ، بخلاف الابن وابنه والاخ لغير أم ؛ فيعصب أخته كما تقدم ، ويعصب ابن الابن من في درجته من بنات الابن

---

(١) سورة الانفال، الآية : ٧٥

مطلقاً ، ومن هي أعلى منه اذا لم يكن لها شيء من نصف أو سدس أو مشاركة في الثلثين ، وتقدم .

(ومتى كان أحدهم) ؛ أي : أحد بني عم (زوجاً) أخذ فرضه ، وشارك الباقي (أو) كان أحـــد بني عم (أخاً لأم ، أخذ فرضه) أولاً (وشارك الباقين) المساوين له في العصوبة في الميراث بالعصوبة ؛ لأنه يفرض له لو لم يرث بالتعصيب ؛ فلا يرجح به ، بخلاف الاخ لابوين مع أخ لأب ؛ فإنه لا فرض له بقرابة أمه ، فرجح بها ، ولا يجتمع في إحدى القرابتين ترجيح وفرض ، فلو ماتت امرأة عن بنت وزوج هو ابن عم ، فتركتها بينهما بالسوية . وإن تركت معه بنتين ؛ فالمـال بينهم أثلاثا ، وثلاثة إخوة لأبوين أصغرهم زوج لبنت عمهم المورثة ، له ثلثان ولهما ثلث . وقد نظمها بعضهم فقال :

ثلاثة إخوة لاب وأم   وكلهـم الى خير فقير

فحاز الاكبران هناك ثلثا   وباقي لمال أحرزه الصغير

(وتسقط أخوة) بضم الهمزة والخاء وتشديد الواو (لأم بما يسقطها) لو انفردت عن بنوة العم (فبنت وأبناء عم أحدهما أخ لام ؛ للبنت النصف وما بقي بينهما) ؛ أي : بني العم (نصفان) نصاً ؛ لان ابن الام محجوب بالبنت ، فلم يبق له إلا جهة العصوبة فقط ، خلافاً لمـــا توهمه البهوتي حيث جعله وارثاً بقرابتين ميراثين مع أنه لا يرث إلا بقرابة واحدة ، وهي العصوبة ، وأما جهة إخوته لأمه فمحجوبة بالبنت ، ولعله سبق قلم منه رحمه الله تعالى . ومن ولدت ولداً من زوج ، ثم مات زوجها ، فتزوجت أخاه لأبيه ، وله خمسة ذكور من غيرها ، فولدت منه خمسة ذكور أيضاً ، ثم بانت ، وتزوجت بأجنبي ، فولدت منه خمسة ذكور أيضاً ، ثم مات ولدها الاول ؛ ورث خمسة نصفاً ، وهم أولاد عمه الذين هم اخوته من أمه ، وخمسة ثلثاً وهم أولاد عمه من الأجنبية ، وخمسة سدساً ، وهم أولاد أمه من الاجنبي ، ويعايا بها.

(ومن خلف أخوين لام أحدهمـا ابن عم ؛ فالثلث بينهما) ؛ أي : بين

الأخوين لأم (فرضاً والباقي لابن العم تعصيباً ؛ فتصح) مسائلهم (من ستة لابن العم خمسة وللآخر) سهم (واحد ، وإن كانوا) ؛ أي : إخوة الميت لأمه (ثلاثة إخوة أحدهم) ؛أي: الثلاثة (ابن عم) للميت (فالثلث بينهم على ثلاثة) لأنه فرض أولاد الأم (والباقي لابن العم) تعصيباً (وتصح من تسعة) لابن العم سبعة وللآخرين سهمان .

(ومن نكح امرأة و) تزوج (أبوه بنتها) وولد لكل منهما ابن (فابن الأب عم) لابن الابن ؛ لأنه أخو أبيه لأبيه (وابن الابن خال) لابن الاب من بنتها ؛ لأنه أخو أمه لأمها ، فإن مات ابن الاب ، وخلف خاله هذا (فـ) إنه (يرثه مع عمه له ، خاله) هذا (دون عمه؛ لأن خاله) هـذا (ابن أخيه) وابن الاخ يحجب العم (ولو خلف الاب فيها) ؛أي: هذه الصورة (أختاً) له (وابن ابنه هذا وهو أخو زوجته ؛ ورثه ؛ لأنه ابن ابنه دون أخيه) لأنه محجوب بابن الابن (و) يعايا بها فـ(يقال فيها: زوجة ورثت ثمن التركة ، وأخوها الباقي) فلو كانت الإخوة للزوجة ـ وهو بنو ابنه ـ سبعة ؛ ورثوا المال سواء ، لها مثل ما لكل واحد منهم ، فيعايا بها (ولو كان الاب نكح الام) وابنه بنتها (فولده) ؛ أي : الاب (عم ولد ابنه وخاله) فيعايا بها .

(ولو تزوج رجلان كل منهما أم الآخر) وولد لكل منهما ابن (فولد كل منهما عم الآخر) وهما القائلتان مرحباً بابنينا وزوجينا . ولو تزوج كل منهما بنت الآخر ، فولد كل منهما خال ولد الآخر ، ولو تزوج زيد أم عمرو ، وعمرو بنت زيد ؛ فابن زيد عم ابن عمرو وخاله ، ولو تزوج كل منهما أخت الآخر ؛ فولد كل منهما ابن خال ولد الآخر .

تتمة : وأولى ولد كل أب أقربهم اليه ، فإذا خلف ابن عم وابن ابن عم ؛ فالأول أولى بالميراث ؛ لأنه أقرب الى الجد الذي يجتمعان اليه ، فإن استووا في الدرجة ؛ فأولاهم من كان لأبوين ، فأخ شقيق أولى من أخ لأب ،

وابن أخ شقيق أولى من ابن عم لأب ، والاخ من الأم ليس من العصبات ، ويأخـذ فرضه مع الشقيق ، وأخت شقيقة مع بنت أو بنت ابن كأخ شقيق ؛ فتسقط الإخوة لأب وبنو الإخوة أشقاء أو لأب ، وكذا الاخت لأب يسقط بها مع البنت بنو الإخوة كذلك ؛ إذ العصوبة جعلتها في معنى الأخ .

باب الحجب

(الحجب) : وهو لغة: المنع. مأخوذ من الحجاب ومنه الحاجب ؛ لأنه يمنع من يريد الدخول، وحاجب العين؛ لأنه يمنع ما ينحدر اليها . واصطلاحاً :منع من قام به سبب الإرث من الإرث بالكلية أو من أوفر حظيه .

(الحجب) ضربان : حجب نقصان وحجب حرمان، وهو نوعان: أحدهما بالموانع ، والثاني حجب بالشخص ، ويأتي مفصلا .

أما الحجب (بالوصف) وهو أحد نوعي حجب الحرمان ؛ فإنه (يدخل على جميع الورثة) أصولاً وفروعاً وحواشٍ كاتصاف الوارث بالرق أو القتل أو اختلاف الدين .

(و) أما الحجب (بالشخص) وهو الحجب (نقصانا) فـ (كذلك) يدخل على كل الورثة ، وهو سبعة أنواع .

أحدها : الانتقال من فرض الى فرض ، وهذا في حق من له فرضان كالزوجين والام وبنت الابن والاخت للأب .

وثانيها : الانتقال من فرض الى تعصيب في حق ذوات النصف والثلثين.

وثالثها : الانتقال من تعصيب الى فرض في حق الاب والجد .

ورابعها : الانتقال من تعصيب الى تعصيب ، وهذا في حق الاخت لغير

أم ؛ فإن لها مع أخيها أقل مما لها مع البنت ، فإذا مات إنسان عن بنت وأخت لغير أم ؛ فللبنت النصف وللأخت النصف الباقي .

وخامسها : المزاحمة في الفرض في حق الزوجة والجدة ، وذوات النصف والثلثين ، وبنت الابن مع البنت الصلبية ، والاخت للأب مع الشقيقة وأولاد الأم .

وسادسها : المزاحمة في التعصيب في حق كل عاصب غير الاب ، لأنه لا يتعدد .

وسابعها : المزاحمة في العول ، كما صار ثمن المرأة في المنبرية تسعاً ، ونصف الزوج في الغراء ثلثا ، وسدس الام في أم الفروخ عشراً .

(و) أما النوع الثاني من نوعي الحجب بالشخص (حرماناً فلا يدخل على ستة) من الورثة (الزوجين والابوين والولدين) وضابطهم: من أدلى الى الميت بنفسه غير المولى .

(ولا يرث أبعد بتعصيب مع أقرب) منه ؛ لأن الأقرب أشد وأقوى من الأبعد ، فهو أولى منه بالميراث ، واحترز بقوله بتعصيب عن إرث الاب أو الجد السدس مع الابن أو ابنه .

(وأقرب العصبة ابن فابنه ، وإن نزل) فلا يرث أب ولا جد مع فرع ذكر وارث بالعصوبة ، بل السدس فرضاً ؛ لقوله تعالى : « ولأبويه لكل واحد منهما السدس»[1] الآية . ولأنه جزؤه ، وجزء الشيء أقرب اليه من أصله . (فأب فأبوه وإن علا) بمحض الذكور ؛ فهو أولى من الإخوة لأبوين أو لأب في الجملة ؛ لأنه أب وله ايلاد ، ولذلك يأخذ السدس مع الابن ، واذا بقي السدس فقط أخذه ، وسقطت الإخوة ، واذا بقي دون السدس أو لم يبق شيء أعيل له بالسدس ، وسقطت الإخوة (فأخ لأبوين) لترجحه بقرابة الأم (ف) أخ

---

(١) سورة النساء ، الاية : ١١

(لأب) لتساويهما في قرابة الاب (فابن أخ لأبوين ف) ابن أخ (لأب وإن نزلا) بمحض الذكور ؛ لأن الإخوة وأبناءهم من أولاد الاب . ويسقط البعيد من بني الإخوة بالقريب منهم كما سبق (فأعمام) لابوين فأعمام لأب (فأبناؤهم كذلك)؛ أي : يقدم ابن العم لأبوين على ابن العم لأب (فأعمام أب فأبناؤهم كذلك) يقدم من لأبوين على من لأب (ف) أعمام (جد فأبناؤهم كذلك) يقدم من لابوين على من لأب ، ثم أعمام أبي الجد ، ثم أبناؤهم كذلك أبداً (فلا يرث بنو أب أعلى مع بني) أب (أقرب منه ، وإن نزلت درجتهم) لما روى ابن عباس : «أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : «ألحقوا الفرائض بأهلها ، فما بقي فلأولى رجل ذكر» . متفق عليه . وأولى هنا بمعنى أقرب ، لا بمعنى أحق، لما يلزم عليه من الإبهام والجهالة ؛ فإنه لا يدرى من هو الأحق ،وقوله ذكر ، بين به أنه ليس المراد بالرجل البالغ ، بل الذكر وإن كان صغيراً .

اذا علمت ذلك (فيسقط كل جد بأب) حكى ابن المنذر اجماع من يحفظ عنه من الصحابة ومن بعدهم (و) يسقط كل (جد) أبعد بمن هو أقرب منه لإدلائه به (و) كل (ابن أبعد بأقرب) منه ، فيسقط أبو أبي أب بأبي أب ، وابن ابن ابن بابن ابن ، وهكذا (و) تسقط (كل جدة) من جهة الاب أو الأم (بأم) لأن الجدات يرثن بالولادة ، فكانت الام أولى منهن ؛ لمباشرتها الولادة (و) تسقط (كل جدة بعدى ب) جدة (قربى مطلقاً) ؛ أي: سواء كانتا من جهة الام كأم وأمها اتفاقاً، لانها مدلية بها،أو كانتا من جهة الاب، كأم الأب وأمها كذلك ؛ لأنها أدلت بها ، ولانها جدة قربى ؛ فتحجب البعدى كالتي من قبل الام ، ولان الجدات أمهات يرثن ميراثا واحداً من جهة واحدة، فإذا اجتمعن فالميراث لاقربهن كالآباء والابناء والإخوة والبنات .

(ولا يحجب أب أمه أو أم أبيه) وكذلك الجد لا يحجب أمه ، كما لو كان عماً . روي عن عمر وابن مسعود وأبي موسى وعمران بن حصين وأبي

الطفيل رضي الله عنهم ؛ لما روى ابن مسعود : «أول جدة أطعمها رسول الله صلى الله عليه وسلم السدس أم أب مع ابنها وابنها حي» . أخرجه الترمذي ، ورواه سعيد بن منصور ، إلا أن لفظه : أول جدة أطعمت السدس أم أب مع ابنها ، ولان الجدات أمهات يرثن ميراث الام لا ميراث الاب ؛ فلا يحجبن به كأمهات الام .

(ويسقط) الإخوة (الاشقاء) ذكوراً كانوا أو إناثا أو خناثى (باثنين بالابن ، وإن نزل و) يسقطون أيضاً (بالاب الاقرب) دون الجد ؛ فإنـــه يشاركهم ، ويأتي. حكاه ابن المنذر إجماعاً ؛ لانه تعالى جعل إرثهم في الكلالة ، وهي من لم يخلف ولداً ولا والداً ، ولا شك أن كلًا من الابن والاب ، وكذا ابن الابن أولى من الإخوة .

(و) يسقط (الإخوة للأب) ذكوراً كانوا أو اناثا بالابن وابنه والاب و (بـ) الاخ (الشقيق أيضاً) وبالشقيقـــة اذا صارت عصبة مع البنت أو بنت الابن .

(و) يسقط (ابنهما) ؛ أي : ابن الاخ لابوين وابن الاخ لاب (بجد وإن علا) بلا خلاف ؛ لانه أقرب .

(و) يسقط (الاعمام) مطلقاً (بابن الاخ وإن نزل) .

(و) يسقط (ولد الام بفروع الميت مطلقاً) ذكوراً كانوا أو إناثا وبولد الابن ذكراً كان أو أنثى (و) يسقط ولد الام (بأصوله) ؛ أي : أصول الميت (الذكور) كالاب والجد ، وإن علا ؛ لانه تعـالى شرط في إرث إخوة الام الكلالة ، وهي في قول الجمهور : من لم يخلف ولداً ولا والداً ، والولد يشمل الذكر والانثى ، وولد الابن كذلك ، والوالد يشمل الاب والجد .

(وتسقط بنات الابن ببنتي الصلب ما لم يعصبهن) ؛ أي : بنات الابن (ذكر بإزائهن) كأخيهن ؛ فإنــــه يعصبهن ، ويمنعهن من الفرض ، ويقسم

ما ورثوه للذكر مثل حظ الانثيين ، وإن استكمل البنات الثلثين ؛ سقط بنات الابن بالإجماع ؛ لانه تعالى لم يفرض للأولاد اذا كانوا نساء إلا الثلثين ،قليلات كن أو كثيرات ، وهؤلاء لم يخرجن عن كونهن نساء من الاولاد ، وقد ذهب الثلثان ، والمشاركة ممتنعة ؛ لانهن دون درجتهن ، إلا أن يكون معهن ذكر كأخيهن (أو أنزل منهن) كابن أخيهن أو ابن عمهن أو ابن ابن عمهن ؛ فيعصبهن فيما بقي للذكر مثل حظ الانثيين (وهو) القريب (المبارك) إذ لولاه لسقطت الانثى التي يعصبها ، وأما القريب المشؤوم فهو الذي لولاه لورثت ، ولا يكون ذلك إلا مساوياً للأنثى من أخ مطلقاً وابن عـــم لبنت الابن ، وله صور : منهـــا زوج وأم وأب وبنت وبنت ابن ؛ فللزوج الربع ، وللأم السدس ، وللأب السدس ، وللبنت النصف ، ولبنت الابن السدس ؛ فتقول: المسألةمن خمسة عشر ،فلو كان معهم ابن ابن سقط ، وسقطت معه بنت الابن ؛ لاستغراق الفروض ، وتكون إذ ذاك عائلة لثلاثة عشر ، ولولاه لورثت كما بيناه،فهو أخ مشؤوم عليها.

(ولا يعصب) ابن الابن (ذات فرض) كنصف أو سدس (أعلى) منه كعمته وبنت عم أبيه ، بل يكون باقي المـال له ، ولا يشارك أهل الفرض في فرضه ؛ لمـــا فيه من الإضرار بصاحب الفرض ، أما اذا كانت عمته أو بنت عمه ليس لها فرض ؛ فيعصبها ويأخذ مثليها بعد ذوي الفروض ؛ لانهـا تصير عصبة بـــه .

(ولا) يعصب ابن الابن (من هي أنزل) منه كبنت ابن ابن ابن ، بل يحجبهـا ، ويأخذ جميع الباقي بعد ذوي الفروض ؛ لأنـــه لو عصبها لا قتضى مشاركتها، والأبعد لا يشارك الأقرب (وهكذا) يسقط (كل بنات ابن ببنات ابن أعلى منهن) فإذا خلف خمس بنات ابن بعضهن أنزل من بعض لا ذكر معهن؛ كان للعليا النصف ، وللثانية السدس ، وسقط سائرهن، والباقي للعصبة ، فإن

كان مع العليـا أخوها أو ابن عمها ؛ فالمال بينهما على ثلاثة ، وسقط سائرهن ، وإن كان مع الثانية عصبتها كان الباقي – وهو النصف – بينهما على ثلاثة ، وإن كان مع الثالثة ؛ فالباقي – وهو الثلث – بينهما على ثلاثـــة ، وان كان مع الرابعة ؛ فالباقي بينه وبين الثالثة والرابعة على أربعة ، وان كان مع الخامسة ؛ فالباقي بعد فرض الاولى والثانية بينهم على خمسة ، وتصح من ثلاثين ،وإن كان أنزل من الخامسة ؛ فكذلك . قال في «المغـــني» : ولا أعلم في هذا اختلافاً بتوريث بنات الابن مع بني الابن بعد استكماله الثلثين .

فائـــدة : ليس في الفرائض من يعصب أختـه وعمته وعمة أبيه وجده وبنات أعمامه وبنات أعمام أبيه وجده إلا المتسفل من أولاد الابن . (وكذا) يسقط (أخوات لأب مع) وجود (أخوات لابوين) لقربهن الى الميت بإدلائهن اليه بسببين(إلا أنه لا يعصبهن) ؛أي: الاخوات لأب أحد (إلا أخوهن) فقط للذكر مثل حظ الانثيين ، خـلافاً لابن مسعود وأتباعـــه ، فلو استكمل الاخوات من الابوين الثلثين ، وثمـــة أخوات لأب وابن أخ لهن ؛ لم يكن للأخوات اللاتي للأب شيء ، وكان الباقي لابن الاخ ، بخلاف ما سبق في ابن الابن ؛ فإنه ابن وإن نزل ، وابن الاخ ليس بأخ .

(وحيث عصب البنـات الأخوات حجبن من بعدهن) هذا قول عامة أهل العلم .

(ومن لا يرث) لمانع فيه من رق أو قتل أو اختلاف دين (لا يحجب) نقل أبو الحـارث في أخ مملوك وابن أخ حر . المال لابن أخيه ، وروي عن عمر وعلي (مطلقاً) لا حرمانا ولا نقصانا ؛ لأن وجوده كعدمه (الا الاخوة فقد لا يرثون) لوجود الأب (ويحجبون الأم نقصانا) من الثلث إلى السدس .

باب الجد والاخوة

(الجد والإخوة) ذكوراً كانوا أو اناثا لأبوين أو لأب منفردين أو مع ذي فرض . قال ابن المنذر : أجمع أهل العلم من أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم أن الجد أب الأب لا يحجبه عن الميراث غير الأب ، وأنزلوا الجد في الحجب أو الميراث منزلة الأب في جميع المواضع إلا في ثلاثة أشياء ، أحدها زوج وأبوان ، والثانية زوجة وأبوان ، للأم فيهما ثلث الباقي مع الاب،وثلث جميع المال لو كان مكان الاب جد ، والثالثة اختلفوا في الجد مع الإخوة والاخوات للأبوين أو لاب ، ولا خلاف بينهم في إسقاط بني الإخوة وولد الأم ذكرهم وأنثاهم،وذهب الصدّيق رضي الله عنه الى أن الجد يسقط جميع الإخوه والأخوات من جميع الجهات كما يسقطهم الأب ، وبذلك قال ابن عباس وابن الزبير، وروي عن عثمان وعائشة وأبي بن كعب وجابر بن عبد الله وأبي الطفيل وعبادة ابن الصامت رضي الله عنهم ، وبه قال أبو حنيفة وغيره .وكان علي بن أبي طالب وزيد بن ثابت وابن مسعود رضي الله عنهم يورثونهم معه ولا يحجبونهم به ، وبه قال مالك والأوزاعي والشافعي وأحمد وأبو يوسف ومحمد ؛ لأنهم تساووا في سبب الاستحقاق فيتساوون فيه ، فإن الجد والاخ يدليان بالأب ، الجد أبوه والأخ ابنه ، وقرابة البنوة لاتنقص عن قرابة الأبوة، بل ربما كانت أقوى ؛ فإن الابن يسقط تعصيب الأب، ولذلك مثله على شجرة أنبتت غصنا ، فانفرد منها غصنان، كل منها أقرب منه إلى أصل الشجرة،ومثله زيد بواد خرج منه نهر،تفرق منه جدولان، كل واحد منهما الى الآخر أقرب منه إلى الوادي . واختلف القائلون بتوريثهم معه في كيفية توريثهم على

مذاهب ، منها مذهب زيد بن ثابت ، وهو قول أهل المدينة والشام والشافعي وأحمد وأكثر العلم ، وهو ما أشار إليه المصنف بقوله :

(الجد) لأب ، وإن علا بمحض الذكور (معهم) ؛ أي : مع الإخوة والأخوات (مطلقاً) ؛ أي : سواء كانوا لأبوين أو لأب منفردين أو مع ذي فرض يقاسمهم (كأخ بينهم) ؛ أي : ما لم يكن الثلث أحظ له من المقاسمة ، فيأخذه ، والباقي للاخوة (فإن لم يكن معهم ذو فرض فله خير أمرين المقاسمة أو ثلث جميع المال ، وضابط كونها) ؛ أي : المقاسمة (خيراً له ، أن يكونوا) ؛ أي ؛ الاخوة (أقل من مثليه) وذلك في خمس صور أشار إليه بقوله (كجد وأخ ، أو) جد و (أخت ، أو) جد و (أختين ، أو) جد و (ثلاث أخوات (أو) جد و (أخ وأخت) فلا يعدل في هـــذه الصور عن المقاسمة ؛ لأنها أحظ له (فزوجة وجد وأخت) لأبوين أو لأب ، مسألتهم (من أربعة) اجماعاً غير أن كيفية القسمة مختلفة (وتسمى مربعة الجماعة فمذهب زيد ومن وافقه ، للزوجة الربع والباقي بين الجد والأخت أثلاثا (فإن كانوا) أي : الاخوة (مثليه استوى له الامران) وذلك في ثلاث صور : كجد و (أخوين ، أو) جد و (أربع أخوات) أو جد وأخ وأختين ، وحيث استوى له الأمران ؛ فسم له ما شئت منهما (فإن زادوا) ؛ أي : الإخوة على مثليه (تعين له الثلث) كجد و (ثلاثة إخوة ، أو) جد و (خمس أخوات) فأكثر ، ولا حصر لصوره (فإن كان معهم) ؛ أي : الجد والإخوة (ذو فرض) من زوج أو زوجة أو بنت أو بنت ابن أو أم أو جدة (فله) ؛ أي : الجد بعد أخذ ذي الفرض فرضه ، واحداً كان أو متعدداً (خير ثلاثة أمور) وهي (المقاسمة) للاخوة كأخ منهم (أو ثلث الباقي) من المال (أو سدس جميع المال) ولا ينقص عنه ؛ لأنه لا ينقص عنه مع الولد فمع غيره أولى . (هذا كله حيث بقي بعد ذي الفرض أكثر من السدس ، فإن لم يبق) بعد ذي الفرض (غيره) ؛ أي : غير السدس (كبنتين وأم وجد)

والاخوة،للبنتين الثلثان أربعة ، وللأم السدس، يبقى سدس يأخذه الجد ،وتسقط الإخوة (أو بقي دونه) ؛ أي : السدس (كزوج وبنتين وجد) فالمسألة من اثني عشر ، وتعول الى ثلاثـة عشر ، للزوج الربع ثلاثة ، وللبنتين الثلثان ثمانية، وللجد السدس سهمان (أولم يبق)للجد (شيء، كبنتين وزوج وأم وجد) وإخوة (فللجدالسدس إن كان) كما في المسألة الاولى (أو يعال له) كما في المسألة الثانية ، وفي هذه المسألة ؛ لان أصلها من اثني عشر أيضاً ، وتعول الى خمسة عشر ، فتعطي البنتين الثلثين ثمانية،والزوج الربع ثلاثة ، والام السدس اثنين، والجد السدس اثنين (وتسقط الإخوة مطلقاً) ذكوراً كانوا أو إناثا أو إياهما؛ لأن الجد لا ينقص عن ذلك مع الولد الذي هو أقوى ، فمع غيره أولى (إلا في) المسألة المسماة (بالا كدرية ؛ وهي زوج وأم وأخت شقيقة أو أخت (لاب) سميت بذلك قيل:لتكديرها لاصول زيد في الجد ؛ فإنه أعالها ولا عول عنده في مسائل الجد والإخوة ؛ وفرض للأخت مع الجد ، ولم يفرض لاخت مع جد ابتداءً في غيرها ، وجمع سهامها وسهامه ، فقسمها بينهما ، ولا نظير لذلك، وقيل: لان زيد أكدر على الأخت ميراثها بإعطائها النصف واسترجاع بعضه منها ، وقيل،لان عبد الملك بن مروان سأل عنها رجلا اسمه أكدر ، فأفتى فيها على مذهب زيد ، وأخطأ فنسبت إليه ، وقيل :لأن الميتة كان اسمها كدرة ، وقيل:بل كان اسم زوجها أكدر، وقيل: بل كان اسم السائل،وقيل،بل سميت بذلك لكثرة أقوال الصحابة فيها وتكدرها (للزوج نصف وللأم ثلث، وللجد سدس ، وللأخت نصف ، فتعول لتسعة) ولم تحجب الام عن الثلث ، لانه تعالى انما حجبها عنه بالولد والإخوة ، وليس هنا ولد ولا إخوة (ثم يقسم نصيب الاخت والجد بينهما) ؛ أي : الاخت والجد ، والنصيبان (أربعة) من تسعة (على ثلاثة) لانها لا تستحق معه إلا بحكم المقاسمة ، وانما أعالها زيـد ؛ لانه لو لم يفرض لها لسقطت ، وليس في الفريضة من يسقطها ، فإن قيل:هي عصبة

بالجد فتسقط باستكمال الفروض ؛ فالجواب أنه إنما يعصبها إذا كان عصبة ، وليس الجد بعصبة مع هؤلاء ، بل يفرض له . والاربعة (لا تنقسم) على ثلاثة (وتباين ،فتضرب ثلاثة في) المسألة بعولها (تسعة فتصح من سبعة وعشرين ، للزوج تسعة) وهي ثلث المال (وللأم ستة) وهي ثلث الباقي (وللجد ثمانية) وهي الباقي بعد الزوج والام والاخت (وللأخت أربعة) وهي ثلث باقي الباقي ، ويعايا بهافيقال : أربعة ورثوامال ميت ، أخذ أحدهم ثلثه ، والثاني ثلث مابقي ، والثالث ثلث باقي ما بقي ، والرابع ما بقي ، وقد نظمها بعضهم فقال :

ما فرض أربعة يوزع بينهم	ميراث ميتهم بفرض واقع
فلواحد ثلث الجميع ، وثلث ما	يبقى لثانيهم بحكم جامع
ولثالث من بعدهم ثلث الذي	يبقى،وما يبقى نصيب الرابع

ويقال: امرأة جاءت قوماً ، فقالت : إني حامل ،فإن ولدت ذكراً فلا شيء له ، وإن ولدت أنثى فلها تسع المال وثلث تسعه ، وإن ولدت ولدين ؛ فلها السدس ، ويقال أيضاً:ان ولدت ذكراً فلي ثلث المال ، وإن ولدت أنثى فلي تسعاه ، وإن ولدت ولدين فلي سدسه (ولا عول في مسائل الجد)والإخوة وغيرها (ولا فرض للأخت معه) ؛ أي: الجد ابتداء (في غيرها) ؛أي: الأكدرية ، وخرج بقوله:ابتداء مسائل المعادة (والشقيقة ، وإن فرض لها في المعادة ؛ فإنما هو)؛أي: الفرض لها يكون (بعد المقاسمة) بخلاف هذه المسألة، ثم أخذ في بيان محترز أركانها ، فقال :

(فإن كان مكان الأخت أخ سقط) لأنه عصبة في نفسه ، فلا يمكن أن يفرض له ، وقد استغرقت الفروض التركة ، وصحت المسألة من ستة ، ولا عول ، للزوج ثلاثة ، وللأم سهمان ، وللجد سهم (و)إن كان مع الأخت (أخت أخرى) انحجبت الأم إلى السدس . وتصح من اثني عشر ، للزوج ستة، وللأم

اثنان ، والجد كذلك ، ولكل أخت واحد (أو) كان مع الأخت (أخ) أو أكثر من أخت أو أخ (انحجبت الأم الى السدس) وأخذ الزوج النصف ، والأم السدس ، والجد السدس (ويبقى لهما) ؛ أي: الأخ والأخت (السدس) على ثلاثة ، فتصح من ثمانية عشر (ولا عول) فيها ، وإن لم يكن مع الأخت إلا أخ لأم أو أخت لأم ؛ لم يرث ولد الأم لحجبه بالجد إجماعاً ، وتقدم ، وانحجبت الأم الى السدس بوجود عدد من الإخوة (وإن لم يكن في الأكدرية زوج) بل كان فيها أم وجد وأخت (فللأم ثلث) ومخرجه من ثلاثة ؛ فلها واحد (وما بقي) اثنان (فبين جد وأخت على ثلاثة) لا تنقسم ، وتباين (وتصح من تسعة) حاصلة من ضرب الثلاثة عدد رؤوس الجد والأخت في أصل المسألة ثلاثة (وتسمى) هذه المسألة (الخرقاء ؛ لكثرة أقوال الصحابة فيها) فكأن الأقوال خرقتها (و) تسمى (المسبّعة) لأن فيها سبعة أقوال : قول زيد وهو المذكور في المتن. وقول الصدّيق رضي الله عنه وموافقيه : للأم الثلث ، والباقي للجد .وقول علي: للأخت النصف ، وللأم الثلث ، وللجد السدس. وقول عمر: للاخت النصف ، وللام ثلث الباقي ، وللجد ثلثاه : وقول ابن مسعود: للاخت النصف ، وللام السدس ، والباقي للجد ، وهو في المعنى مثل الذي قبله إلا أنه سمي للأم في هذا السدس ، وفي الذي قبله ثلث الباقي ، ويروى عن ابن مسعود أيضاً: للأخت النصف ، والباقي بين الجد والأم نصفين ، فتكون المسألة من أربعة وهي إحدى مربعات ابن مسعود ، وقول عثمان: للأم الثلث ، وللأخت الثلث ، وللجد الثلث (و) تسمى (المسدسة) لأن الأقوال فيها ترجع الى ستة ، وتقدمت الإشارة اليه (و) تسمى (المخمسة) لاختلاف خمسة من الصحابة فيها: عثمان وعلي وابن مسعود وابن عباس وزيد (و) تسمى (المربعة) لما تقدم من أنها إحدى مربعات ابن مسعود (و) تسمى (المثلثة) لقسم عثمان لها من ثلاثة

(و)لذلك سميت (العثمانية) أيضاً (و) تسمى أيضاً (الشعبية والحجاجية) لأن الحجاج امتحن بها الشعبي ، فأصاب ، فعفا عنه .

تتمة : فإن عدم الجد سميت المباهلة ؛ لقول ابن عبـــاس : من باهلني باهلته ؛ لأن الله تعالى لم يجعل في مال واحد نصفاً ونصفا وثلثاً .

(فصل) : وولد لأب ذكراً كان أو أنثى ، واحداً أو أكثر كولد الأبوين في مقاسمة الجد إذا انفردوا عن ولد الأبوين ؛ لاستواء درجتهم بالنسبة إلى أبي الميت . (فإن اجتمع مع الجد والشقيق ولد الأب عده) ؛ أي: عد (الشقيق) ولد الأب (على الجد) ؛ أي : زاحمه به ، وحسبه عليه من عدد الرؤوس (إن احتاج)الشقيق (لعده) ككون الشقيق أقل من مثلي الجد ، أما إذا كان الشقيق مثليه كجد وأخوين لأبوين وأخ لأب ؛ فلا معـادة ؛ لأن الجد هنا لا يقاسم ، ويأخذ ثلث المال ؛ فلا فائدة لعده (ثم يأخذ الشقيق ما بيده) ؛ أي : ما بيد ولد الأب ، وإنما عده عليه ؛ لأن الجد والد ، فإذاحجبه أخوان وارثان؛ جاز أن يحجبه أخ وارث وأخ غير وارث كالأم ، ولأن ولد الأب يرثون معه إذا انفردوا فيعدون عليه مع غيرهم كالأم ، بخلاف ولدالأم ؛ فإن الجد يحجبهم؛ فلا يعدون عليه ، ثم بعد عدهم أولاد الأب على الجد وأخذالجد نصيبه يرجعون الى المقاسمة على حكم ما لو لم يكن معهم جد ، فإن كان أولاد الأبوين ذكرا فأكثر أو اناثا ؛ أخذوا من أولاد الاب ما حصل لهم ؛ لان أولاد الابوين أقوى تعصيباً من أولاد الاب ، فلا يرثون معهم شيئـاً ؛ كما لو انفردوا عن الجد (فجد وأخ شقيق وأخ لاب) المسألة من ثلاثـــة (للجد ثلث) واحد (وللشقيق ثلثان) الثلث الذي حصل له ؛ والثلث الذي حصل لاخيه (وزوجة وجد) وأخ شقيق (وأخ لاب) مسألتهم من اثني عشر (للزوجة ربع)المال ثلاثة (وللجد ثلث الباقي) ثلاثة (وللشقيق النصف) ستة ، وسقطولد الاب.

(وجد وشقيقة وأخت لاب) المسألة (من أربعة) عددرؤوسهم (له)؛أي :

الجد (سهمان) لان المقاسمة إذن أحظ له (وللشقيقة سهمان) لأن لكل أخت سهماً (ولا شيء لولد الاب) فترجع الشقيقة على أختهـــا ، وتأخذ ما في يدها لتستكمل فرضها ، وهو النصف ؛ كما لو كان مع الاختين بنت ، فأخذت البنت النصف ، وبقي النصف ، فإن الاخت لابوين تأخذه جميعه ، وتسقط الاخت لأب ، وترجع المسألة المذكورة بالاختصار لاثنين ، للجد سهم ، وللأخت لابوين سهم (إلا ان كان الشقيق اختار واحدة) مـع جد وولد أب فأكثر ذكراً أو أنثى (وفضل بعد حصة الجد أكثر من النصف فتأخذ) تمام فرضها (النصف) كما لو لم يكن جد (وما فضل) عن الاحظ للجد ، وعن النصف الذي فرض لها فهو (لولد الاب) واحداً كان أو أكثر ، ذكراً أو أنثى ، ولا يتفق أن يبقى لولد الاب بقية بعد نصيب الجد ونصف الاخت لابوين في مسألة فيها فرض غير السدس ؛ لانه لا يكون في مسائل المعـــادة فرض إلا السدس أو الربع أو النصف ؛ لان الثلث إنما هو للأم مع عدم الولد، والعدد من الاخوة والاخوات ، والثلثان للبنات أو بنات الابن ، والثمن للزوجة مع الولد ، ولا معادة في ذلك ، وإذا انتفى الثلثان والثلث والثمن بقي النصف والربع والسدس ، ومع الربع متى كانت المقاسمة أحظ له بقي للاخوة أقل من النصف ؛ فهو لولد الابوين ، وإلا وجب أن يكون الربع للجد ؛ لانه ثلث الباقي ، ولا يجوز أن ينقص عنه ، فيبقى للاخوة النصف ؛ فهو للشقيقة ؛ لانه فرضها ، ولا يبقى لولد الاب شيء ، وإن كان الفرض هو النصف فالباقي بعده وبعد ما يأخذه الجد على كل حال دون النصف ؛ فتأخذه الاخت لابوين، ولا يبقي لولد الأبوين شيء ، فوجب إن كان فرض أن لا يكون غير السدس، وإن لم يكن في مسائل المعادة فرض ، لم يفضل عن أخت لابوين مع ولد أب وجد أكثر من السدس ؛ لان أدنى ما للجد الثلث ، وللأخت النصف، والباقي بعدهما هو السدس ، وتارة لا يبقى شيء (فجد و) أخت (شقيقة وأخ وأخت

لأب) فالمسألة من ستة ، لأن فيها نصفاً وثلثاً وما بقي (للجد ثلث) المال اثنان (وللأخت نصف) المال ثلاثة (و) يبقى (لولدي الاب سدس) واحد (على ثلاثة) لا ينقسم ويباين (فـ)اضرب الثلاثة في الستة (تصح من ثمانية عشر)للجد ستة ، وللأخت لابوين تسعة ، وللأخت لأب سهم ، وللأخ لأب سهمان ، وكذا جد وأخت لأبوين وثلاث أخوات لأب ، تصح من ثمانية عشر ، للجد ستة ، وللتي لأبوين تسعة ، وللباقيات لكل واحدة سهم .

(ومن ذلك الزيديات الاربع) .

إحداهن (العشرية، وهي جدُ و) أُخت (شقيقة وأخ لاب) أصلها عدد رؤوسهم خمسة ، للجد سهمان ، وللأخت النصف سهمان ونصف ،والباقي للأخ، فتنكسر على النصف ؛ فاضرب مخرجه اثنين في خمسة ، فتصح من عشرة، للجد أربعة ، وللشقيقة خمسة ، وللأخ للأب واحد .

(و) الثانية (العشرينية) وهي (جد و) أخت (شقيقة وأختين لأب) أصلها عدد رؤوسهم خمسة ، للجد سهمان ، وللشقيقة سهمان ونصف ، ولكل واحد من الأختين لابربع سهم ، فتنكسرعلى الربع ، فاضرب مخرجه أربعة في خمسة ؛ فتصح من عشرين ، للجد ثمانية ، وللشقيقة عشرة، ولكل أخت لاب واحد .

(و) الثالثة (مختصرة زيد) وهي (أم وجد وَ) أختَ (شقيقة وأخ وأخت لاب) للأم السدس ؛ لوجود العدد من الاخوة ، وللجد ثلث الباقي ، لانه أحظ له ، وللأخت لابوين النصف ؛ لانه فرضها ، والباقي لولد الاب على ثلاثة ، فالمسألة من ثمانية عشر ، للأم ثلاثة ، وللجد خمسة ، وللشقيقة تسعة ، يبقى لولدي الاب واحد لا يقسم عليهما ، فاضرب ثلاثة في ثمانية عشر تبلغ أربعة وخمسين ، للأم تسعة ، وللجد خمسة عشر ، وللشقيقة سبعة وعشرون ، وللأخ للأب سهمان ، ولاخته سهم ، وسميت مختصرة زيد ؛ لأنه صححهامن مائة

وثمانية ، وردها بالاختصار إلى ما ذكر ، وبيان أن المسألة من مخرج فرض الأم ستة، للأم واحد، يبقى خمسة على ستة عدد رؤوس الجد والاخوة لا تنقسم وتباين، فتضرب عددهم في ستة في أصل المسألة ستة يحصل ستة وثلاثون ، للأم ستة ، وللجد عشرة ، وللشقيقة ثمانية عشر يبقى سهمان لولدي الأب على ثلاثة لا تنقسم وتباين ، فتضرب ثلاثة في ستة وثلاثين تبلغ مائة وثمانية ، ومنها تصح ، للأم ثمانية عشر ، وللجد ثلاثون ، وللشقيقة أربعة وخمسون ، وللأخ لأب أربعة ، وللأخت لأب سهمان، والانصباء تتفق بالنصف، فترد المسألة إلى نصفها ،ونصيب كل وارث إلى نصفه ، فترجع إلى ما ذكر أولا ، ولو اعتبرت الجد فيها ثلث الباقي لصحت ابتداء من أربعة وخمسين كما أشرت إليه أولا .

(و) الرابعة (تسعينية زيد) وهي(أم وجد و) أخت (شقيقة وأخوان وأخت لأب) للأم السدس ثلاثة من ثمانية عشر ، وللجد ثلث الباقي خمسة ، والشقيقة النصف تسعة ، يفضل واحد لأولاد الأب على خمسة ، فاضرب خمسة في ثمانية عشر بتسعين ، ثم اقسم ، فللأم خمسة عشر ، وللجد خمسة وعشرون، وللشقيقة خمسة وأربعون ، ولكل أخ لأب سهمان ، ولاختها سهم .

تتمة : فإن اجتمع مع الجد ، أختان لابوين وأخت لأب فالمسألة من خمسة عدد رؤوسهم ، للجد سهمان ، لأن المقاسمة خير له ، وللأختين لأبوين سهمان ، وهما ناقصان عن الثلثين ، فيستردان ما في أيدي الأخت للأب وهو سهم ، فلا تكمل الثلثان لهما ، فيقتصر على استرداد ذلك ، ولا عول ؛ لأن الجد يعصب الاخوات ، وإذا قسمت الثلاثة على الشقيقين ، لم تنقسم ،فاضرب اثنين في خمسة ، يحصل عشرة ، للجد أربعة ، ولكل شقيقة ثلاثة .

باب أصول المسائل

(أصول المسائل) ؛ أي ؛ المخارج التي تخرج منها فروضها . والمسائل جمع مسألة، مصدر سأل بمعنى مسؤولة (متى كان الورثة كلهم عصبات، فأصل المسألة) حيث تساووا وتعددوا (من عدد رؤوسهم، فإن كان فيهم) ؛ أي : العصبات (أنثى) كالشقيقة أو لأب مع أخيها (فـ)يكون(الذكر برأسين والانثى برأس، فإن كان هناك) ؛ أي : مع العصبات (صاحب فرض فأصل المسألة هو مخرج فرضها ، أو) مخرج (فروضها) إن تعددت الفروض فيها . (وأصول المسائل سبع) لأن الفروض القرآنية ستة كما تقدم ، ومخارجها مفردة خمسة ؛ لأن الثلث والثلثين مخرجها واحد ، فالنصف من اثنين ، والثلث والثلثان من ثلاثة ، والربع من أربعة ، والسدس من ستة ، والثمن من ثمانية ، والربع مع الثلث أو الثلثين أو السدس من اثني عشر ، والثمن مع السدس أو للثلثين أو معهما من أربعة وعشرين ، فصارت سبعة ، وإذا نظرت للثلث البـــاقي الثابت بالاجتهاد زدت على هذه السبعة أصلين في باب الجد والاخوة ، كما هو معلوم في كتب الفرائض عند الحذاق من المتأخرين .

فمن الأصول السبعة (اثنان وثلاث وأربع وثمان ، و) هـذه الأصول الأربعة (لا تعول) لأن العول ازدحام الفروض ، ولا يوجد ذلك هنا (وست واثنا عشر وأربع وعشرون ، و) هذه الأصول الثلاثة (تعول ، فغير العائل هو ما) كان (فيه فرض) واحد ، (أو (كان فيه (فرضان من نوع)واحد (فالنصف والربع والثمن نوع) لان مخرج أقلها مخرج لها (والثلثان والثلث والسدس نوع) كذلك (فنصفان كزوج و) أخت (شقيقة أو) زوج وأخت

(لأب) من اثنين مخرج النصف (وتسميان اليتيمتين) تشبيها بالدرة اليتيمة ؛ لانهما فرضان متساويان ورث بهما المال كله ، ولا ثالث لهما ، ويسميان أيضاً النصفيتين (أو نصف والبقية كزوج وأب) أو أخ لغير أم أو عم أو ابنه كذلك (من اثنين) مخرج النصف ، للزوج واحد ، والباقي للعاصب (وثلثان) والبقية من ثلاثة كبنتين وأخ لغير أم (أو ثلث والبقية) من ثلاثة كأبوين ، للأم الثلث والباقي للأب (أوهما) ؛ أي : الثلثان والثلث كأختين لام وأختين لغيرها كذلك (من ثلاثة) مخرج الثلثين والثلث لاتحادهما (وربع والبقية) من أربعة كزوجة وعم أو زوج وابن عم (أو) ربع (مع نصف) كزوجة وأخت لابوين وعم أو زوج وبنت وعم (من أربعة) مخرج الربع ومخرج النصف داخل فيها (وثمن والبقية) كزوجة وابن من ثمانية مخرج الثمن (أو) ثمن (مع نصف) كزوجة وبنت وعم (من ثمانية) لدخول مخرج النصف في مخرج الثمن ، فهذه الاصول الاربعة لا عول فيها ؛ لان العول ازدحام الفروض ، ولا يتصور وجوده في أصل من هذه الاصول الاربعة (وتسمى المسألة التي لا عول فيها ولا رد) ولا عاصب (العادلة ، لاستواء مالها وفروضها) سميت بذلك ؛ لمساواة فروضها المال ، فهي بعدله – أي : قدره – فإن كان فيها عاصب ؛ فناقصة ، وأصل اثنين وثلاثة تارة يكون عادلا ، وتارة يكون ناقصاً ، وأصل أربعة وثمانية لا يكون إلا ناقصاً .

(و) الاصول (التي تعول) ؛ أي : يتصور فيها العول ثلاثة إذا زادت فروضها ، وهي أصل ستة واثني عشر وأربعة وعشرين ، وأشار اليها بقوله (ما) اجتمع في (فرضها نوعان فأكثر) من نوعين ، كنصف مع ثلث أو ثلثين ، أو كربع وسدس ، أو ثلث أو ثلثين ، وكثمن وثلثين وسدس ، والاجتماع في الجملة ، وإلا فالسدس وما بقي من ستة مع أنه لم يجتمع فيها فرضان .

(والعول) يقال : عال الشيء إذا زاد وغلب ، قال في «القاموس» : والفريضة عالت في الحساب: زادت وارتفعت ، وعلتها وأعلتها .

وهو اصطلاحا (زيادة في السهام ونقص في الانصباء) ؛ أي : انصباء الورثة (فإذا اجتمع مع النصف سدس) فمن ستة ، كبنت وأم وعم (أو) اجتمع مع النصف (ثلث) كأخت لابوين وأم وعم ، فمن ستة (أو) اجتمع مع النصف (ثلثان) كزوج وأختين لغير أم (فمن ستة) لان مخرج النصف اثنان ومخرج الثلثين أو الثلث ثلاثة ، وهما متباينان ،فتضرب أحدهما في الآخر يبلغ ستة ، وأما النصف مع السدس ؛ فإنه يكتفى بمخرج السدس ، لدخول مخرج النصف فيه (وتصح) المسألة من ستة (بلا عول كزوج وأم وأخوين لأم) للزوج النصف ثلاثة ، وللأم السدس واحد ، وللاخوين لام الثلث اثنان (وتسمى مسألة الالزام) ومسألة المناقضة ؛ لان ابن عباس لا يحجب الام من الثلث إلى السدس إلا بثلاثة من الاخوة والاخوات ، ولا يرى العول ، ويرد النقص مع ازدحام الفروض على من يصير عصبة في بعض الاحوال بتعصيب ذكر لهن ، وهن البنات والاخوات لغير أم ، فألزم بهذه المسألة ، فإن أعطى للأم الثلث لكون الاخوة أقل من ثلاثة ،وأعطى ولديها الثلث ، عالت المسألة ، وهو لا يراه ، وإن أعطاها سدساً فقد ناقض مذهبه في حجبها بأقل من ثلاثة إخوة ، وإن أعطاها ثلثا وأدخل النقص على ولديها فقد ناقض مذهبه في إدخال النقص على من لا يصير عصبة بحال .

(وتعول) الستة (تواليا إلى سبعة كزوج وأختين لغير أم) أو زوج وأخت لابوين وجدة ، أو زوج وأخت لأب وجدة أو ولد أم ، للزوج في المسألة الاولى النصف ، وللأختين لغير الام الثلثان (وهذه أول فريضة عالت في الإسلام) وفي المسألة الثانية ، للزوج النصف ، وللأخت لأبوين النصف ، وللجدة السدس . وفي المسألة الثالثة للزوج النصف ، وللأخت لأب النصف ، وللجدة

أو ولد الاب السدس (و) تعول (الى ثمانية كزوج وأم وأخت لغير أم) للزوج النصف ثلاثة ، وللأم الثلث اثنان ، وللأخت النصف ثلاثة (وتسمى المباهلة) لقول ابن عباس فيها: من شاء باهلته . ان المسائل لا تعول ان الذي أحصى رمل عالج عدداً أعدل من أن يجعل في مال نصفاً ونصفاً وثلثاً ، هذان نصفان ذهبا بالمال ، فأين موضع الثلث ؟ وايم الله لو قدموا من قدم الله ، وأخروا من أخر الله ما عالت مسألة قط ، فقيل له لِمَ لا أظهرت هذا في زمن عمر؟ قال : كان مهيباً فهبته . والمباهلة الملاعنة ، والتباهل التلاعن . قال في «المغني» : من أهبطه من فريضه الى فريضه فذاك الذي قدمه الله، كالزوجين والام، لكل واحد منهما فرض ، ثم يحجب الى فرض آخر لا ينقص عنه ، وأما من أهبطه من فرض الى ما بقي، كالبنات والاخوات فإنهن يفرض لهن، فإذا كان معهن إخوتهن ؛ ورثوا بالتعصيب ، فكان لهم ما بقي قل أو كثر . انتهى . وأول فريضة عالت حدثت في زمن عمر ، فجمع الصحابة للمشورة ، فقال العباس : أرى أن يقسم المال بينهم على قدر سهامهم ، فأخذ به عمر ،واتبعه الناس على ذلك حتى خالفهم ابن عباس (و) تعول (الى تسعة كزوج وولدي أم وأختين لغيرها) للزوج النصف ثلاثة ، ولولدي الام الثلث اثنان ، وللأختين الثلثان أربعة (وتسمى الغراء) لأنها حدثت بعد المباهلة ، واشتهر بها العول (و) تسمى (المروانية) لحدوثها زمن مروان. وكذا زوج وأم وثلاث أخوات متفرقات (و)تعول (الى عشرة كزوج وأم وأختين لأم وأختين لغيرها وتسمى) هذه المسألة (أم الفروخ) لكثرة ما فرخت في العول ، وقال بعضهم : ان أم الفروخ لقب لكل عائلة الى عشرة كزوج وأم وأخوين لأم وأخت شقيقة وأخت لأب . ولا تعول الستة الى أكثر من عشرة ؛ لأنه لا يمكن فيها اجتماع أكثر من هذه الفروض ، واذا عالت الى ثمانية أو تسعة أو عشرة لم يكن الميت فيها إلا امرأة؛ إذ لا بد فيها من زوج (وربع مع ثلثين) كزوج وبنتين وعم ، وكزوجة

وشقيقتين وعم، من اثني عشر؛ لتباين المخرجين (أو) ربع مع (ثلث) كزوجة وأم وأخ لغيرها، من اثني عشر لما تقدم (أو) ربع مع (سدس) كزوج وأم وابن أو زوجة وجدة وعم (من اثني عشر) لتوافق مخرج الربع والسدس بالنصف، وحاصل ضرب أحدهما في الآخر ما ذكر (وتصح بلا عول كزوجة وأم وأخ لأم وعم) للزوجة الربع ثلاثة، وللأم الثلث أربعة، ولولد الام السدس اثنان، ويبقى ثلاثة يأخذها العم، وكذا زوج وأبوان وخمسة بنين، وكذا زوج وابنتان وأخت لغير أم (وتعول) الإثنا عشر (أفراداً) لا أشفاعاً (الى ثلاثة عشر) اذا كان مع الربع ثلثان وسدس أو نصف وثلث (كزوج وأم وبنتين) للزوج الربع ثلاثة وللأم السدس اثنان، وللبنتين الثلثان ثمانية، وكزوجة وأخت لغير، أم وولدي أم، للزوجة الربع ثلاثة، وللأخت النصف ستة، ولولدي الام الثلث أربعة (و) تعول (الى خمسة عشر) اذا كان مع الربع ثلثان وسدسان أو ثلث (كزوج وبنتين وأبوين) للزوج الربع ثلاثة، وللبنتين الثلثان ثمانية، ولكل من الابوين اثنان، وكذا زوجة وأختان لغير أم وولد أم (و) تعول (الى سبعة عشر) اذا كان مع الربع ثلثان وثلث وسدس (كثلاث زوجات وجدتين وأربع أخوات لأم وثمان أخوات لغيرها) للزوجات الربع ثلاثة، لكل واحدة واحد، وللجدتين السدس اثنان، لكل واحدة واحد، وللأخوات لأم الثلث أربعة، لكل واحدة واحد، وللأخوات لغيرها الثلثان ثمانية، لكل واحدة واحد (وتسمى أم الأرامل) وأم الفروج بالجيم؛ لأنوثة الجميع، ولو كانت التركة فيها سبعة عشر ديناراً حصل لكل واحدة منهن دينار، وتسمى السبعة عشرية، والدينارية الصغرى (ولا بد في هذا الاصل أن يكون الميت أحد الزوجين) بشهادة الاستقراء، ويعايا بها، فيقال: سبع عشرة امرأة من جهات مختلفة اقتسمن مال الميت، حصل لكل واحدة منهن سهم، ونظمها بعضهم فقال:

قل لمن يقسم الفرائض واسأل إن سألت الشيوخ والأحداثا

مات ميت عن سبع عشرة أنثى من وجوه شتى فحزن التراثا
أخذت هذه كما أخذت تلك عقـــاراً ودرهمـــا وأثاثا

وكذا زوجة وأم وأختان لها وأختان لغيرها ، ولا تعول الاثنا عشر إلى أكثر من سبعة عشر ، ولا يكون الميت فيها الا ذكراً (و)لو اجتمع (ثمن مع سدس) فمن أربعة وعشرين ، كزوج وأم وابن ؛ إذ مخرج الثمن من ثمانية ، والسدس من ستة ، وهما متوافقـــان بالنصف ، فإذا ضربت نصف أحدهما في الآخر ؛ حصل ما ذكر ، للزوجة ثلاثة ، وللأم أربعـة ، وللابن سبعة عشر (أو) اجتمع ثمن مع (ثلثين) ، كزوجة ، وبنتين ، وعم ، فمن أربعة وعشرين ، لتباين مخرج الثمن والثلثين . (أو) اجتمع الثمن (معها) ؛ أي : مع الثلثين والسدس كزوجة وبنتي ابن وأم وعم فمن أربع وعشرين) للتوافق بين مخرج السدس والثمن مع دخول مخرج الثلثين في مخرج السدس ، ولا يجتمع الثمن مع الثلث ؛ لان الثمن لا يكون إلا لزوجة مع فرع وارث ، ولا يكون الثلث في مسألة فيها فرع وارث (وتصح) الأربعة والعشرون (بلا عول ، كزوجة وبنتين وأم واثني عشر أخا وأختا) لغير أم ، للزوجـة الثمن ثلاثة ، وللبنتين الثلثان ستة عشر لكل واحدة ثمانية ، وللأم السدس أربعـــة ، يبقى للاخوة والأخت واحد على عدد رؤوسهم خمسة وعشرين لا ينقسم ؛ فتصح من ستمائة ، للزوجة خمسة وسبعون ، وللبنتين أربعمائة لكل واحدة مائتان ، وللأم مائة ، يبقى للاخوة خمسة وعشرون ، لكل أخ سهمان ، وللأخت سهم (وتسمى الدينارية) الكبرى ، لما روي أن امرأة قالت لعلي : إن أخي من أبي وأمي مات ، وترك ستمائة دينار وأنابني منه دينار واحد ، فقال : لعل أخاك لم يخلف من الورثة إلا كذا وكذا ، قالت : نعم ، قال : قد استوفيت حقك (و)تسمى (الركابية) والشاكية ؛ لأنه يقال : إن المرأة أخذت بركاب علي ، واشتكت إليه عند إرادة الركوب .

(وتعول) الاربعة والعشرون (الى سبعة وعشرين لا غير) اذا كان فيها

ثمن وثلثان وسدسان (كزوجة وبنتين) أو بنتي ابن فأكثر (وأبوين) أو جد وجدة ، للزوجة الثمن ثلاثة ، ولكل من البنتين فاكثر أو بنتي الابن فأكثر الثلثان ستة عشر ، ولكل من الابوين او الجد والجدة السدس أربعة ، ولا تعول الاربعة والعشرون إلى أكثر من سبعة وعشرين، ولا تكون الاثنا عشر والاربعة والعشرون عادلتين أبداً، بل إما ناقصتان أو عائلتان (وتسمى) هذه المسألة (البخيلة لقلة عولها) لأنها لم تعل إلا مرة واحدة (و) تسمى (المنبرية؛ لأن علياً) رضي الله عنه (سئل عنها) وهو (على المنبر) يخطب، وقيل : إن صدر خطبته الحمد لله الذي يحكم بالحق قطعاً، ويجزي كل نفس بما تسعى ، واليه المآب والرجعى، فسئل (فقال صار ثمنها تسعاً) ومضى في خطبته؛ أي: كان للمرأة قبل العول ثمن ، وهو ثلاثة من أربعة وعشرين ، فصار بالعول تسعاً ، وهو ثلاثة من سبعة وعشرين (ولا يكون الميت فيها) ؛ أي : في مسألة الاربعة وعشرين (إلا زوجاً) بدليل الاستقراء ، ولأن الثمن لا يكون الا لزوجة فأكثر مع فرع وارث .

تتمة : وفروض من نوع تعول الى سبعة فقط ، وهي أم وأخوة لأم وأختان فأكثر لغيرها .

باب تصحيح المسائل

لما فرغ من بيان أصول المسائل شرع في بيان تصحيحها ، ومعنى التصحيح أن يحصل أقل عدد اذا قسم على الورثة على قدر إرثهم خرج نصيب كل فرد سهم صحيح بلا كسر بحيث لا يحصل هذا الفرض من عدد دونه ، ومعرفة ذلك تتوقف على أمرين : أحدهما الفاضل ، والثاني معرفة جزء السهم ، وهو يتوقف على مقابلتين: إحداهما مقابلة السهام من مسألة التأصيل ورؤوس أصحابها،

والثاني مقابلة رؤوس كل نوع من الورثة بنوع آخر بحيث لا يصح انقسام سهام النوع عليه ، سواء بقي أو رجع الى وقف ، وعلم منه أنه اذا انقسمت سهام كل فريق عليهم ، فلا يحتاج الى الضرب . ثم الانكسار إما أن يكون على فريق واحد أو اثنين أو ثلاثة أو أربعة عند غير المالكية، ولا يتجاوزها في الفرائض، أو اثنين أو ثلاثة اتفاقاً .

(اذا) علمت ذلك فمتى (انكسر سهام فريق عليه) فلم ينقسم قسمة صحيحة، والفريق والحزب والحيز: جماعة اشتركوا في فرض أو ما أبقت الفروض (نظرت بين) ذلك (الفريق) الذي انكسر عليه العدد (و) بين سهامه (فإن تباينا) ؛ أي : المقسوم والمقسوم عليه (كثلاثة واثنين) مثاله زوج وثلاثة إخوة ، أصل مسألتهم من اثنين ، للزوج واحد ، يبقى للأخوة واحد ، يباين الثلاثة عددهم ، فاضربها في اثنين يحصل ستة ، للزوج ثلاثة ، وللاخوة ثلاثة لكل واحد سهم ، واليه الإشارة بقوله : (ضربت عدد الفريق) المباين عدده لسهامه (ويسمى) عدد الفريق (جزء السهم) ؛ أي : حظ السهم من أصل المسألة من المصحح ، وذلك لأنك اذا قسمت المصحح على أصل المسألة خرج لكل سهم منها ذلك المضروب فيها ، وكذا كل عددين ضربت أحدهما في الآخر اذا قسمت الحاصل على أحدهما خرج الثاني . والجزء والحظ والنصيب بمعنى واحد. وقوله: (في أصل المسألة) متعلق بضربت ، فما بلغ فمنه تصح ، فإذا أردت القسمة فكل من له شيء من أصل المسألة أخذه مضروباً في العدد الذي ضربت فيه المسألة ، فما بلغ فهو له إن كان واحداً ، وإن كانوا جماعة قسمته عليهم ، مثاله زوج وأم وثلاثة إخوة، أصلها من ستة ، للزوج النصف ثلاثة، وللأم السدس سهم، يبقى للاخوة سهمان لا ينقسم عليهم ولا يوافقهم ، فاضرب عددهم — وهو ثلاثة — في أصل المسألة وهي ستة يكن ثمانية عشر ، للزوج ثلاثة في ثلاثة بتسعة ، وللأم سهم في ثلاثة بثلاثة ، وللاخوة سهمان في ثلاثة بستة، لكل واحد سهمان، وهو

ما كان لجماعتهم (أو) ضربت جزء السهم في (مبلغها بالعول ان عالت، فما بلغ) الضرب (فمنه تصح) مثاله زوجة وأم وخمس شقيقات ، أصلها من اثني عشر، وتعول الى ثلاثة عشر، للزوجة الربع ثلاثة، وللأم السدس اثنان ، وللشقيقات الثلثان ثمانية على خمسة عدد رؤوسهن لا ينقسم ويباين ، فاضرب خمسة في في ثلاثة عشر بخمسة وستين ، للزوجة ثلاثة في خمسة بخمسة عشر، وللأم اثنان في خمسة بعشرة ، وللشقيقات ثمانية في خمسة بأربعين .

(وان توافقا)؛أي: المقسوم والمقسوم عليه (كأربع وست) مثاله زوجة وست أعمام ، أصلها من أربعة ، للزوجة سهم ، يبقى للأعمام ثلاثة لا تنقسم وتوافق بالثلث ، فإذا (رددت الفريق) وهو الأعمام (الى وفقه) وهو اثنان (وضربت كما مر) حصل ثمانية ، ومنه تصح (ثم من له شيء) من أصل المسألة (أخذه مضروبا في جزء سهمها) ؛ أي : المسألة (فيصير لكل واحد من الفريق) من السهام في التصحيح (عدد ما كان له) عند التباين كما قدمنا لك (أو) يصير له (وفقه) ؛ أي : وفق ما كان لجماعته عند التوافق،ففي المثال، للزوجة واحد في اثنين باثنين، وللأعمام ثلاثة في اثنين بستة لكل واحد سهم (ويتأتى الانكسار على فريق في كل الأصول) التسعة ، وأما في أصل اثنين ؛ فلا يتأتى فيه الموافقة بين السهام والرؤوس ؛ لأن الباقي بعد النصف واحد ، والواحد يباين كل عدد، والنظر بين الرؤوس والسهام يكون بالمباينة أو الموافقة ، لا المماثلة والمداخلة، ووجه ذلك أن المماثلة بين الرؤوس والسهام ليس فيها انكسار ، فالمداخلة إن كانت الرؤوس داخلة في السهام فكذلك ، وإن كان بالعكس فنظروا باعتبار الموافقة ؛ لأن كل متداخلين متوافقان مع أن ضرب الوفق أخصر من ضرب الكل، قاله في «شرح الفارضية» (وإن كان) الانكسار (على أكثر من فريق) كعلى فريقين أو ثلاث فرق أو أربع فرق، ولا يتجاوزها في الفرائض (نظرت بين كل فريق وسهامه بالموافقة والمباينة لا غير) لأنه لا يخلو اما أن يوافق كل

فريق سهامه، أو يباينها، أو يوافق أحدهما ويباين الآخر (فالموافق ترده لوفقه، والمباين تبقيه بحاله، ثم تنظر) ثانياً (بين الرؤوس والرؤوس) المثبتات (بالنسب الأربع) وهي (المماثلة والمداخلة والمباينة والموافقة).

(فإن تماثلت) الرؤوس (كلها) كثلاثة وثلاثة (فأحدها)؛ أي: المماثلات (جزء السهم) يضرب في أصل المسألة بلا عول أو بعولها إن عالت كزوج وثلاث جدات وثلاثة إخوة لأبوين أو لأب، أصلها من ستة، للزوج ثلاثة، وللجدات السدس واحد لا ينقسم عليهن ويباين، وللاخوة ما بقي اثنان لا ينقسم ويباين، وثلاثة وثلاثة متماثلان، فاكتف بأحدهما، واضربه في ستة تصح من ثمانية عشر، للزوج ثلاثة في ثلاثة بتسعة، وللجدات واحد في ثلاثة بثلاثة لكل واحدة سهم، وللاخوة اثنان في ثلاثة بستة لكل واحد سهمان، وكذا لو كانت الإخوة لأم.

(أو تداخلت) كاثنين وأربعة أو ستة أو ثمانية، واصطلاح الحساب أن جزء الشيء كسره الذي اذا سلط عليه أفناه، فهو أخص من الكسر، فمتى كانت المسأله متداخلة (فأكبرها)؛ أي: العدد الأكبر منها اجعله جزء السهم، واضربه في أصل المسألة أو عولها، ففي ثلاثة إخوة لأم وتسعة أعمام نصيب، كل واحد مباين لعدده، وعدداهما متناسبان؛ أي: متداخلان، فاضرب التسعة في ثلاثة تصح من سبعة وعشرين، للاخوة لأم تسعة، لكل واحد ثلاثة، وللأعمام ثمانية عشر، لكل عم اثنان، وكذا إن كان الانكسار على ثلاثة فرق أو أربعة، وتداخلت، فتكتفي بأكثرها، أو كان الأقل جزءاً للأكثر، كثلث، أو ربع أو ثمن، أو نصف ثمن، فتكتفي بالأكثر دائماً.

(أو تباينت) أعداد الفرق كخمسة وستة وسبعة ضربت بعضها في بعض (فالحاصل من ضرب بعضها في بعض) هو جزء السهم، اضربه في أصل المسألة أو عولها، فما بلغ فمنه تصح، ثم كل من له شيء من الأصل أخذه مضروباً فيما ضربت فيه المسألة، كبنت وخمس بنات ابن، وثلاث جدات وسبعة أعمام، المسألة من ستة،

للبنت ثلاثة ، وابنات الابن السدس تكملة الثلثين واحـد ، لا ينقسم عليهن ، ويباين ، وللجدات السدس واحد لا ينقسم ، ويباين ، وللأعمام الباقي كذلك، فاضرب ثلاثة في خمسة ، والحاصل خمسة عشر في سبعة بمائة وخمسة ، وهي جزء السهم ، فاضربها في ستة تبلغ ستمائة وثلاثين ، ومنهـــا تصح ، فاضرب للبنت ثلاثة في مائة وخمسة بثلاثمـائة وخمسة عشر ، ولكل فريق من باقي الورثة واحد في مائة وخمسة، لكل واحدة من بنات الابن أحد وعشرون ، ولكل واحـدة من الجدات خمسة وثلاثون ، ولكل واحد من الاعمام خمسة عشر ، وقس على ذلك .

(أو توافقت) أعـداد الفرق كأربعة وستة وعشرة ، أو كاثني عشر وثمانية عشر ، وعشرين ، فلك طريقتان :

إحداهما : طريق الكوفيين ، وهي أن تحصل الوفق بين أي عددين شئت منها من غير أن تقف شيئاً منها ، ثم اذا عرفت الوفق بين اثنين منها ، ضربت وفق أحدهما في جميـع الآخر ، فمـا بلغ فاحفظه ، ثم انظر بين المحفوظ وبين الثالث ، فإن كان الثالث داخلًا فيه أو مماثلًا له ؛ لم تحتج الى ضربه ، واجتزأت بالمحفوظ ، فهو جزء السهم ، فاضربه في أصل المسألة فما بلغ فمنه تصح ، وإن وافق الثالث المحفوظ ضربت وفقه فيه،فما حصل فهو جزء السهم ،أو يباين الثالث المحفوظ، ضربت كل الثالث في المحفوظ (فالحاصل من ضرب أوفاقها) هو جزء السهم، اضربه في المسألة فما بلغ فمنه تصح، واقسم كما سبق. ففي أربع زوجات وتسع شقيقات واثني عشر عما ، المسألة من اثني عشر،وسهام كل فريق يباينه، واذا نظرت بين تسعة واثني عشر؛ فهما متوافقان بالثلث ، فاضرب ثلث أحدهما في الآخر بستة وثلاثين ، وانظر بينه وبين عدد الزوجات تجد عدد الزوجات داخلًا فيه ، فالستة والثلاثون جزء السهم ، فاضربه في اثني عشر أصل المسألة تصح من أربعمائة واثنين وثلاثين ، ثم تقسمها للزوجـات ثلاثة في ستة وثلاثين

بمائة وثمانية ، لكل واحدة سبعة وعشرون ، وللشقيقات ثمانية في ستة وثلاثين بمائتين وثمانية ، وثمانين لكل واحدة اثنان وثلاثون ، وللأعمام واحد في ستة وثلاثين ، لكل واحد ثلاثة ، وإن تماثل عددان ، وباينهما الثالث ، كثلاث أخوات لأبوين وثلاث جدات وأربعة أعمام ، أو وافقهما الثالث كأربع زوجات وستة عشر أخاً لأم وستة أعمام ؛ لأن نصيب أولاد الام يوافق عددهم بالربع ، فتردهم الى ربعهم أربعة ، وهي مماثلة لعدد الزوجات ، وكلاهما يوافق عدد الأعمام بالنصف ، ضربت أحد المتماثلين في جميع الثالث إن باينهما كالمثال الاول ، أو ضربت أحد المتماثلين في وفق الثالث إن كان موافقاً كالمثال الثاني ، فما بلغ فهو جزء السهم ، فإذا أردت تتميم العمل ضربته في المسألة فما حصل صحت منه المسألة ، وقسمته كما سبق ، وإن تناسب اثنان ، وباينهما الثالث ، كثلاث جدات وتسع بنات ابن وخمسة أعمام ، أصل المسألة ستة ، للجدات السدس واحد على ثلاثة لا ينقسم ويباين ، ولبنات الابن الثلثان أربعة على ثلاث لا تنقسم وتباين ، وللأعمام الباقي واحد على خمسة لا ينقسم ويباين ، والثلاثة داخلة في التسعة ، والخمسة مباينة لهما ضربت أكثرهما وهو التسعة في جميع الثالث ، وهو خمسة يحصل خمسة وأربعون ، فهو جزء السهم ، ثم اضربها في المسألة ، وهي ستة . وتصح من مائتين وسبعين ، للجدات خمسة وأربعون ، لكل واحدة خمسة عشر ، ولبنات الابن مائة وثمانون لكل واحدة عشرون ، وللأعمام خمسة وأربعون لكل واحد تسعة ، وإن توافق اثنان من أعداد الفرق ، وباينهما الثالث كأربعة وخمسة وستة ؛ ضربت وفق أحدهما في جميع الآخر ، ثم ضربت الحاصل في العدد الثالث المباين ؛ فالحاصل جزء السهم اضربه في أصل المسألة ، ثم اقسمه كما مر ، وهذا كله في الانكسار على ثلاث فرق (ويأتي الانكسار على فريقين في) كل الاصول (غير أصل اثنين) فلا يتأتى فيه ، وتقدم .

(وعلى ثلاث) فرق (انما يتأتى) الكسر (فيما يعول) من أصول المسائل

كأصل ستة واثني عشر وأربعة وعشرين ، وتقدم مثال الانكسار على ثلاث فرق (كجدتين وثلاث إخوة لأم وعمين) أصلها من ستة ، للجدتين السدس واحد يباينها ، وللاخوة للأم الثلث اثنان يباينهم ، وللعمين الباقي ثلاثة يباينها ، وبين الجدتين والعمين مماثلة في العدد ، فاجتزىء بأحدهما ، واضربه في ثلاثة رؤوس الاخوة يبلغ ستة ، وهي جزء السهم ، اضربها في ستة أصل المسألة تجدها ستة وثلاثين ، ومنها تصح ، للجدتين واحد في ستة بستة لكل واحدة ثلاثة ، وللاخوة لأم اثنان في ستة باثني عشر لكل واحد أربعة ، وللعمين ثلاثة بثمانية عشر لكل واحد تسعة .

(وعلى أربع) فرق (إنما يتأتى) الكسر (في) أصل (اثني عشر و) في أصل (أربع وعشرين) من المسائل (كزوجتين وثلاث جدات وخمسة إخوة لأم وعمين) أصل المسألة من اثني عشر للموافقة بين الربع والسدس ، حاصل من ضرب وفق الربع في كامل السدس ، للزوجتين الربع ثلاثة يباينها ، وللجدات السدس اثنان يباينهن ، وللاخوة للأم الثلث أربعة يباينهم ، وللعمين الباقي ثلاثة يباينها ، وبين الزوجتين والعمين مماثلة في عدد الرؤوس ، فاجتزىء بأحد العددين ، واضربه في ثلاثة عدد الجدات يبلغ ستة ، اضربها في خمسة عدد رؤوس الإخوة لأم تبلغ ثلاثين ، وهو جزء السهم ، اضربه في أصل المسألة اثني عشر تبلغ ثلاثمائة وستين ، ومنها تصح ، للزوجتين ثلاثة في ثلاثين بتسعين لكل واحدة خمسة وأربعون ، وللجدات اثنان في ثلاثين بستين لكل واحدة عشرون ، وللأخوة لأم أربعة في ثلاثين بمائة وعشرين لكل واحد أربعة وعشرون ، وللعمين ثلاثة في ثلاثين بتسعين لكل واحد خمسة وأربعون . ومثال الانكسار على أربع فرق في أصل أربعة وعشرين ، كزوجتين وثلاث بنات وثلاث جدات وعمين ، أصل المسألة من أربعة وعشرين حاصل من ضرب ثلاثة في ثمانية ، للزوجتين الثمن ثلاثة يباينها ، وللبنتين الثلثان ستة عشر تباينهن ، وللجدات السدس أربعة تباينهن

والعمين الباقي واحد يباينها، وبين الزوجتين والعمين مماثلة في عدد الرؤوس ، فاجتزىء بأحدهما ، وبين البنات والجدات مماثلة كذلك ، فاضرب اثنين في ثلاثة بستة ، وهي جزء السهم ، اضربه في أربعة وعشرين أصل المسألة تجده مائة وأربعة وأربعين ، ومنها تصح ، فأعط الزوجتين ثلاثة في ستة بثمانية عشر لكل واحدة تسعة، وأعط البنات ستة عشر في ستة بستة وتسعين لكل واحدة اثنان وثلاثون، وأعط الجدات أربعة في ستة بأربعة وعشرين لكل واحدة ثمانية، وأعطِ العمين واحداً في ستة بستة لكل واحد ثلاثة .

(ولا يزيد) الانكسار (على أربعة) من الفرق (في غير الولاء) والوصايا، وهذه الطريقة التي ذكرت طريقة الكوفيين ، وقدمها في «المغني» و «الشرح» وغيره ، وأما قوله في «الإنصاف » : لو انكسر على اثني عشر وثمانية عشر وعشرين تقف الاثني عشر لا غير ؛ لأنها توافق الاثني عشر بالأسداس، والعشرين بالأرباع، بخلاف ما اذا وقفت الثمانية عشر؛ فإنها لا توافق العشرين إلا بالأنصاف، وإن وقفت العشرين لم توافقها الثمانية عشر إلا بالأنصاف ، فيرتفع العمل في المسألة ، وهو غير مرضي عندهم . انتهى . فهو على طريقة البصريين ، وهي أن تقف واحداً ، وتوفق بينه وبين الآخرين ، فترد كلا منها الى وفقه ، فإذا وقفت الاثني عشر، ونظرت بينها وبين الثمانية عشر، رددت الثمانية عشر لسدسها ثلاثة ، ثم نظرت بينها وبين العشرين فتردها لربعها خمسة ، ثم تنظر في الوفقين ، فإن تباينا كما هنا ضربت أحدهما في الآخر ، فتضرب الثلاثة في الخمسة تبلغ خمسة عشر ، ثم في الموقوف وهو الاثنا عشر بمائة وثمانين ، وإن كان بين الوفقين موافقة أيضاً ضربت وفق أحدهما في الآخر ، ثم الحاصل في الموقوف ، وإن كانا متناسبين ضربت أكبرهما في الموقوف ، وإن كانا متماثلين ضربت أحدهما في الموقوف ، وكذا لو وقفت الثمانية عشر في المثال ، ونظرت بينها وبين الاثني عشر ، ورددتها الى سدسها اثنين ، ثم نظرت بينها وبين العشرين ، ثم رددتها

الى نصفها عشرة، ثم قلت : الاثنان داخلان في العشرة ، فاجتزأت بها ، وضربتها في الثمانية عشر ؛ لحصل المقصود ، وكذا لو وقفت العشرين ، ووفقت بينها وبين الثمانية عشر ، فرددتها الى نصفها تسعة، ثم بينها وبين الاثني عشر ، فرددتها الى ربعها ثلاثة، ثم بين الثلاثة والتسعة، فاكتفيت بالتسعة؛ لأنها الأكبر، وضربتها في العشرين لحصل ذلك؛ فلا يتعين واحد منها للايقاف؛ لحصول الغرض على كل تقدير ، فتخصيصه في «الإنصاف» الوقف بالاثني عشر لا يتأتى أيضاً حتى على طريقة البصريين ، بل المنقول عنهم إيقاف الأكبر ، لكن نوقش فيه بأن المطلوب حاصل على كل حال ، إلا أن يظهر له أثر باختصار العمل أو سهولته ، ولذلك لم يتابعه المصنف وصاحب «المنتهى» ، وإنما يتعين وقف معين منها اذا كان يوافق الآخرين ، وهما متباينان كستة وأربعة وتسعة ؛ فتقف الستة فقط ، ويسمى الموقوف المقيد ، فتنظر بينه وبين الأربعة، فتردها الى اثنين ، ثم بينه وبين الستة ، فتردها الى ثلاثة ، ثم تضرب الاثنين في الثلاثة ، والحاصل في الستة بستة وثلاثين ، وإن شئت اكتفيت بضرب المتباينين كما هو أحد الوجهين في ذلك ، وطريق الكوفيين أسهل من طريق البصريين .

(ومتى تباينت الرؤوس والسهام) بأن باين كل فريق سهامه ، وتباينت أعداد الفرق أيضاً (كما ذكر) فيما تقدم كأربع زوجات وثلاث جدات وخمس أخوات لأم وعم (سميت صماء) لأنها ليس فيها عددان متماثلان ولا متناسبان ولا متوافقان ابتداء، ولا بعد ضرب عدد في آخر ، وأصل المسألة من اثني عشر ، للزوجات الربع ثلاثة على أربعة تباينها ، وللجدات السدس اثنان على ثلاثة تباينها ، وللأخوات لأم الثلث أربعة على خمسة تباينها ، فاضرب ثلاثة في أربعة باثني عشر ، والحاصل في خمسة بستين ، فهي جزء السهم ، فاضربها في اثني عشر تصح من سبعمائة وعشرين ، للزوجات ثلاثة في ستين بمائة وثمانين لكل واحدة خمسة أربعون ، وللجدات اثنان في ستين بمائة وعشرين لكل واحدة

أربعون ، وللأخوات لأم أربعة في ستين بمائتين وأربعين ، وللعم الباقي ثلاثة في ستين بمائة وثمانين (ولا تتمشى على قواعد مسألة الامتحان، وهي أربع زوجات وخمس جدات وسبع بنات وتسعة أعمام ؛ لأنا لا نورث أكثر من ثلاث جدات) أصلها من أربعة وعشرين، للزوجات الثمن ثلاثة ، وللجدات السدس أربعة ، وللبنات الثلثان ستة عشر ، وللأعمام الباقي واحد ، وسهام كل فريق تباينه ، فاضرب أربعة في خمسة بعشرين ، ثم اضرب العشرين في سبعة بمائة وأربعين ، ثم اضربها في تسعة بألف ومائتين وستين ، فهي جزء السهم ، اضربها في أربعة وعشرين أصل المسألة يبلغ ثلاثين الفاً ومائتين وأربعين ، ومنها تصح عند القائلين بها ، للزوجات ثلاثة في الف ومائتين وستين بثلاثة آلاف وسبعمائة وثمانين ، يخص كل زوجة تسعمائة وخمسة وأربعون ، وللجدات أربعة في ألف ومائتين بخمسة آلاف وأربعين لكل واحدة ألف وثمانية ، وللبنات ستة عشر في الف ومائتين وستين بعشرين الفاً ومائة وستين لكل واحدة ألفان وثمانمائة وثمانون ، وللأعمام الباقي وهو واحد في الف ومائتين وستين لكل واحد مائة وأربعون ، وسميت مسألة الامتحان ؛ لأن الطلبة يمتحن بها بعضهم بعضاً ، فيقال : خلف أربعة أصناف ، وليس صنف منهم يبلغ عدده عشرة ، ومع ذلك صحت من أكثر من ثلاثين الفاً ؛ وتسمى أيضاً صماء .

(فرع) : تماثل العددين أن يكون أحدهما مثل الآخر كأربعة وأربعة أو خمسة وخمسة ، وذلك ظاهر ، والطريق الى معرفة المداخلة والموافقة والمباينة أن تلقي أقل العددين من أكثرهما مرة بعد أخرى فـ(إن أفني أكثر العددين بالأقل) كأربعة وثمانية أو ستة عشر (فـ)العددان (متداخلان) ويقال فتناسبان (فإن لم يفنها) ؛ أي : العددين (الا عدد ثالث غير الواحد) كتسعة واثني عشر ، تسقط التسعة من الاثني عشر مرة يبقى ثلاثة ٢ تسقطها من التسعة ثلاث مرات (فـ)هما (متوافقان) بالثلث ، وكذا لو كان سبعة وخمسون وستة

وسبعون ، الباقي منه بعـــد طرح الأول تسعة عشر ، تفني الأول في ثلاث مرات ، فهما متوافقان بجزء من تسعة عشر (أو الا) بأن بقي بعد الطرح المذكور (واحد) كأربعة وتسعة (ف)العددان (متباينان . والمتداخلان) كالثلاثة والستة (متوافقان ولا عكس) ؛ أي: ليس كل متوافقين متداخلين؛ إذ الاربعة لا تدخل في الستة ، ومن أراد تحقيق علم الحساب والفرائض فعليه بكتبها المخصوصـة ؛ فإن الفقهاء إنما يذكرون من ذلك نبذاً قليلة ، ولما أنهى الكلام على التصحيح بالنسبة إلى ميت واحد ، شرع في بيان العمل فيما اذا مات اثنان فأكثر فقال :

﴿باب المناسخات﴾

(المناسخات) جمع مناسخة من النسخ بمعنى الإزالة أو التغيير أو النقل ، يقال: نسخت الشمس الظل ؛ أي: أزالته، ونسخت الرياح الديار غيرتها، ونسخت الكتاب نقلت ما فيه (وهي) عند الفقهاء والفرضيين (أن يموت ورثة ميت أو بعضهم قبل قسمة تركته) سميت بذلك ؛ لزوال حكم الميت الأول ورفعه؛ لان المال تناسخته الأيدي ، وهذا الباب من عويص الفرائض ، وما أحسن لاستعانة عليه بمعرفة الشبّاك لابن الهائم ؛ لأنه أضبط (ولها) ؛أي : المناسخة (ثلاث صور) بالاستقراء :

(احداها أن تكون ورثة) الميت (الثاني يرثونه ك)الميت (الأول) ككونهم عصبة لهما كالأولاد فيهم ذكر والإخوة والأعمام (فيقسم) المال(بين من بقي) من الورثة (ولا يلتفت للأول) لأنه لا فـائدة في النظر في مسألة الميت الأول (ويجعل كأن الثاني لم يكن، كميت ترك بنين وبنات، ثم مات بعضهم

عن بعض) حتى بقي ابنان وبنت ، فاقسم المال بينهم على عدد رؤوسهم خمسة، ولا يحتاج إلى عمل مسائل ، لأنه تطويل بلا حاجة ، ويسمى : الاختصار قبل العمل (وكأبوين وزوجة وابنين وبنتين منها، ماتت بنت ثم) ماتت (الزوجة، ثم) مات (الابن ، ثم) مات (الأب ، ثم) ماتت (الأم ؛ فانحصر ميراث الجميع بين الابن والبنت الباقيين أثلاثا) ولا تحتاج إلى عمل مسائل ، وقد يتفق ذلك في أصحاب الفروض في مسائل قليلة ؛ كرجل مات عن زوجة وثلاثة بنين وبنت منها ، ثم مات أحد البنين قبل القسمة ، فإن للمرأة من الأولى سهما مثل سهم البنت ومثل نصف سهم الابن ، وكذلك لها من الثانية ، فاقسم المسألة على ورثة الميت الثاني ، ولا تنظر إلى الأولى .

(ثانيها) ؛ أي : الصور (أن لا يرث ورثة كل ميت غيره كإخوة) مات أبوهم عنهم ، ثم ماتوا و(خلف كل) منهم (بنيه) منفردين أو مع إناث (فاجعل) لكل واحد منهم مسألة واجعل (مسائلهم كعدد انكسرت عليه سهامه ، وصحح كما ذكر في باب التصحيح) يحصل المطلوب (فلو خلف أربعة بنين ، فمات أحدهم عن ابنين و) مات (الثاني عن ثلاثة) بنين (و) مات (الثالث عن أربعة) بنين (و) مات (الرابع عن ستة) بنين ؛ فكل واحد من الموتى بعد الاول لا ترث منه إخوته شيئاً بإخوتهم ؛ لأن له بنين ، ومسألة كل منهم عدد بنيه ، وإذا أردت قسمتها (فالمسألة الاولى من أربعة) عدد بنيه، (ومسألة الابن الأول من اثنين و) مسألة الابن (الثاني من ثلاثة و) مسألة الابن (الثالث من أربعة و) مسألة الابن (الرابع من ستة) عدد البنين لكل منهم ، فالحاصل من مسائل الورثة اثنان وثلاثة وأربعة وستة (فالاثنان تدخل في الاربعة والثلاثة) تدخل (في الستة) فأسقط الاثنين والثلاثة يبقى أربعة وستة ، وهما متوافقان (فاضرب وفق الاربعة في الستة يحصل اثنا عشر، ثم) تضربها (في المسألة الاولى) وهي أربعة (يحصل ثمانية وأربعون لورثة كل ابن

اثنا عشر) حاصلة من ضرب واحد في الاثني عشر و (تقسم) ذلك (عليهم) فتعطي لكل واحـد من ابني الابن الاول ستة ، ولكل واحد من بني الابن الثاني أربعة ، ولكل واحد من بني الابن الثالث ثلاثة ، ولكـل واحد من بني الابن الرابـع سهمان ، وهذا واضـح ؛ لان كل صنف منهم يختص بتركة مورثه .

(ثالثها) ؛ أي : الصور (ما عدا ذلك) المذكور في الصورتين قبـل ؛ بأن تكون ورثة الثاني لا يرثونه كالاول ، ويكون ما بعد الميت الاول من الموتى يرث بعضهم بعضـا (وهو ثلاثة أقسام) لانك إذا عملت مسألة الاول وصححتها وعملت مسألة الثاني كذلك ، وأخذت سهامه من الاولى ، وعرضتها على مسألة لم تخل من حال من أحوال ثلاثة .

(الاول: أن تقسم سهام الميت الثاني على مسألته ؛ فتصح المسألتان مما صحت منه الاولى ، كرجل خلف زوجة وبنتا وأخا) لغير أم (ثم ماتت البنت عن زوج وبنت وعمها) فإن مسألة الاول من ثمانية ، للزوجـة واحد ، وللبنت ربعة ، وللأخ الباقي ، وهو ثلاثة (فلها أربعة ومسألتها) ؛ أي : البنت (من أربعة) مخرج الربـع ، للزوج سهم ، ولبنتها سهمان ، وللعم الباقي سهم (فصحتا) ؛ أي : المسألتان (من ثمانية) لزوجة الاول سهم ، ولزوج الثانية سهم ، ولبنتها سهمان ، وللأخ من المسألتين أربعة ، ثلاثة من الاولى وواحد من الثانية .

(الثاني : أن لا تنقسم) سهام الثاني (عليها) ؛ أي : على مسألة (بل توافقها ف)ترد مسألته إلى وفقها و (تضرب وفق مسألته في) كل (الاولى) ليخرج بلا كسر ، فما بلـــغ فهو الجامعة للمسألتين (ثم) كل (من له شيء من) المسألة (الاولى أخذه مضروبا في وفق الثانية ، ومن له شيء من) المسألة (الثانية أخذه مضروبا في وفق سهام) الميت (الثاني) هذا طريق العلم بما لكل واحد من المسألتين (كأن تكون الزوجة أما للبنت) الميتة في مسألتنا (فتكون)

البنت (ماتت عن زوج وبنت وأم وعم ؛ فتصح مسألتها من اثني عشر) لأن فيها نصفاً للبنت ، وربعا للزوج وسدسا للأم (توافق سهامهـا) من الاولى وهي أربعة (بالربـع فتضرب ربعها) ؛ أي : الاثني عشر (ثلاثة في) المسألة (الاولى) وهي ثمانية (تكن) الجامعـة (أربعة وعشرين) للمرأة التي هي زوجة في الأولى أم في الثانية سهم من الأولى مضروب في وفق الثانيـة ، وهو ثلاثة بثلاثة ، ومن الثانية بكونها أما سهمان في وفق سهام الميتة باثنين؛فيكون لها خمسة ، وللأخ من الأولى ثلاثة في وفق الثانية ثلاثة بتسعة ، وله بكونه عماً في الثانية واحد في واحد فيجتمع له عشرة ، ولزوج البنت من الثانية ثلاثة في واحد بثلاثة ، ولبنتهامنها ستة فيواحد بستة ،ومجموع السهام أربعة وعشرون.

(الثالث أن لا تنقسم) سهام الميت الثـــاني على مسألة (ولا توافقـ)ـها (فتضرب) المسألة (الثانية في) كل المسألة (الأولى) فما حصل ، فهو الجامعة (ثم) كل (من له شيء من الاولى أخذه مضروبا في) المسألة (الثانية) لانها جزء سهمها (ومن له شيء من) المسألة (الثانية أخذه مضروبا في سهام) الميت (الثاني) لان ورثته انما يرثون سهامه من الاولى (كأن تخلف البنت) ـ التي مات أبوها عنها وعن زوجة وأخ ، ثم ماتت بعده ـ (بنتين ، فتكون) البنت (ماتت عن بنتين وزوج وأم وعم فـ) إن الاولى من ثمانيـة كما تقدم ، وسهام البنت منها أربعة و (تعول مسألتها لثلاثة عشر) للبنتين ثمانية ، وللزوج ثلاثة، وللأم اثنان ، والأربعة لا تنقسم عليها ولا توافقها (فاضربها) ؛ أي : الثلاثة عشر (في) المسألة (الاولى) وهي ثمانية (تكن) الجامعة (مائة وأربعة) للمرأة التي هي أم في الثانية، زوجة فيالاولى، سهم من الاولى في الثانية بثلاثة عشر ، ولها من الثانية سهمان في سهام الميتة من الاولى اربعة بثمانية يجتمـع لها أحد وعشرون ، ولاخيالميت الاول ثلاثة من الاولى فيالثانية بتسعة وثلاثين، ولا شيء له من الثانية لاستغراق الفروض المال ، وللزوج من الثانية ثلاثة في

سهام الميتة الاربعة باثني عشر ، ولبنتيها من الثانية ثمانية في أربعة باثنين وثلاثين ، ومجموع السهام مائة وأربعة (وإن مات) أيضاً (ثالث فأكثر) قبل القسمة (جمعت سهامه من) المسألتين (الأولين فأكثر وعملت ك) عملك في (ثان مع أول) بأن تنظر بين سهامه ومسألته فإن انقسمت عليها لم تحتج لضرب ، وإلا فإما أن توافق أو تباين ، فإن وافقت رددت الثالثة لوفقها ، وضربته في الجامعة ، وإن باينت ضربت الثالثة في الجامعة ، ثم من له شيء من الجامعة يأخذه مضروبا في وفق الثالثة عند التوافق ، أو في كلها عند التباين ، ومن له شيء من الثالثة يأخذه مضروبا في وفق سهام مورثه من الجامعة عند الموافقة ، أو في كلها عند المباينة . مثاله مات عن زوجة وأم وثلاث أخوات متفرقات ، أصل المسألة من اثني عشر ، وتعول إلى خمسة عشر ، ثم ماتت الاخت من الابوين عن زوجها وأمها وأختها لابيها وأختها لامها ، أصل مسألتها من ستة ، وتعول إلى ثمانية ، وسهامها من الاولى ستة يتفقان بالنصف ، فاضرب نصف الثانية أربعة في الاولى تبلغ ستين ، واقسم على ما تقدم للزوجة من الاولى ثلاثة في أربعة باثني عشر ، وللأم من الاولى اثنان في أربعة بثمانية ، ومن الثانية واحد في ثلاثة ، فيجتمع لها أحد عشر ، ولاخت الاول لابيه اثنان في أربعة بثمانية ، ولها من الثانية ثلاثة في ثلاثة بتسعة يجتمع لها سبعة عشر ، وللأخت لام من الاولى اثنان في أربعة بثمانية ، ومن الثانية واحد في ثلاثة يجتمع لها أحد عشر ، ولزوج الثانية من الثانية ثلاثة في ثلاثة بتسعة ، ثم ماتت الام وخلفت زوجا وأختا وبنتا وهي الاخت لام فمسألتها من أربعة ، ولها من الجامعة أحد عشر لا تنقسم ولا توافق ، فتضرب مسألتها أربعة في الجامعة ، وهي ستون تبلغ مائتين وأربعين ، ومنها تصح الثلاث ، للزوجة من الجامعة اثنا عشر في أربعة بثمانية وأربعين وللاخت لاب سبعة عشر في أربعة بثمانية وستين ، وللأخت لام من الجامعة أحد عشر في أربعة بأربعة وأربعين ، ومن الثالثة اثنان في أحد عشر ، وهي

سهام الثالثة باثنين وعشرين ، فيجتمع لها ستة وستون ، ولزوج الثانية تسعة من الجامعة في أربعة بستة وثلاثين ، ولزوج الثالثة منها واحد في أحد عشر بأحد عشر، وكذا أخيها (وربما اختصرت المسائل بعد التصحيح بالموافقة بين السهام)؛ أي : سهام الورثة (بأن يكون لجميعها) ؛ أي : السهام (كسر تتفق فيه جميع السهام) بجزء كنصف وخمس،وجزء من عدد أصم كأحد عشر(فترد المسألة الى ذلك الكسر) ؛ أي : الجزء الذي حصلت فيه الموافقة (وترد سهام كل وارث إليه) ؛ أي : الجزء الذي به الموافقة (ليكون أسهل في العمل كـ)رجل مات عن (زوجة وابن وبنت) منها ثم (ماتت البنت) عن أمها وأخيها المذكور ، تصح الاولى من أربعة وعشرين ، للزوجة ثلاثة ، وللابن أربعة عشر ، وللبنت سبعة، ومسألة البنت من ثلاثة تباين السبعة (فتصح المسألتان) بعد ضرب الثانية في الاولى (من اثنين وسبعين، للزوجة) من الاولى ثلاثة في ثلاثة بتسعة ، ولها من الثانية واحد في سبعة بسبعة ، يكون لها (ستة عشر، وللابن) من الاولى أربعة عشر في ثلاثة باثنين وأربعين، ومن الثانية اثنان في سبعة بأربعة عشر، يجتمع له (ستة وخمسون وتتفق سهامها) ؛ أي : الزوجة مع سهام الابن (بالاثمان ، فترد المسألة) التي هي الجامعة (إلى ثمنها تسعة و) ترد (سهام الزوجة لـ)ثمنها (اثنين و) ترد سهام (الابن لـ)ثمنها (سبعة) وهذا هو الاختصار بعد العمل (وإذا ماتت بنت من بنتين وأبوين) مات عنهم شخص (قبل القسمة) لتركته، وسئل عن حكم إرثهم (سئل) السائل(عن الميت الاول) أذكر هو أم أنثى؛ لاختلاف الحال بذكوريته وأنوثيته (فإن كان) الميت في الاولى (رجلاً فالأب) في الاولى (جد) أبو أب ، فيرث (في) المسألة (الثانية ، وتصحان) ؛ أي : المسألتان (من أربعة وخمسين) حيث ماتت عمن في المسألة فقط ؛ لان الاولى من ستة ، لكل من الابوين سهم ، ولكل من البنتين سهمان . والثانية من ثمانية عشر ، للجدة السدس ثلاثة ، وللجد عشرة ، والأخت خمسة ، وسهام الميتة

اثنان لا تنقسم على الثمانية عشر ، لكن توافقها بالنصف ، فردها لتسعة ، واضربها في ستة تبلغ أربعة وخمسين ، للأم من الاولى واحد في تسعة بتسعة ، ومن الثانية ثلاثة في واحد بثلاثة ، يجتمع لها اثنا عشر ، وللأب من الاولى واحد في تسعة بتسعة ، ومن الثانية عشرة في واحد بعشرة ، يجتمع له تسعة عشر ، وللبنت من الاولى سهمان في تسعة بثمانية عشر ، ومن الثانية خمسة في واحد ، ومجموعها ثلاثة وعشرون ، ومجموع سهام الكل أربعة وخمسون (والا) يكن الميت في الاولى رجلا بل كان أنثى (ف)هو (أبو أم) في الثانية لا يرث شيئاً ، والأخت الباقية إما أن تكون شقيقة أو لأم (وتصحان) ؛ أي : المسألتان إن كانت الاخت شقيقة (من اثني عشر) لان الاولى من ستة كما علمت ، والثانية من أربعة بالرد ، للجدة واحد ، وللشقيقة ثلاثة ، وسهام الميتة اثنان لا تنقسم على الاربعة ، لكن توافقها بالنصف ، فترد الاربعة لاثنين ، وتضربها في ستة باثني عشر ، ثم تقسمها ، للأب من الاولى واحد في اثنين باثنين ، ولا شيء له من الثانية ، وللبنت من الاولى اثنان في اثنين بأربعة ، ومن الثانية ثلاثة في واحد بثلاثة يجتمع لها سبعة ، وللأم من الاولى واحد في اثنين باثنين ، ومن الثانية واحد في واحد ؛ فلها ثلاثة ، ومجموع السهام اثنا عشر ، وإن كانت الأخت لأم ، فمسألة الرد من اثنين ، وسهام الميتة من الاولى اثنان ؛ فتصح المسألتان من الستة ، للأب واحد ، وللبنت ثلاثة ، وللجدة اثنان (وتسمى) هذه المسألة (المأمونية) لان المأمون امتحن بها يحيى بن أكثم – بالثاء المثلثه – لما أراد أن يوليه القضاء ، فقال له يحيى: الميت الاول ذكر أو أنثى ، فعلم أنه قد فطن لها ، فقال له : إذا عرفت التفصيل فقد عرفت الجواب وولاه .

باب قسمة التركات

القسمة : معرفة نصيب الواحد من المقسوم عليه ، ولهـــذا اذا ضربت الخارج بالقسمة في المقسوم عليه ساوى حاصله المقسوم ، فمعنى اقسم ستة وثلاثين على تسعة، أي: كم نصيب الواحد من التسعة، أو كم في الستة وثلاثين مثل التسعة، واذا ضربت الخارج بالقسمة – وهو أربعة – في التسعة ؛ ساوى المقسوم . وقسمة التركات هي الثمرة المقصودة من علم الفرائض ، وتنبني على الأعداد الأربعة المتناسبة التي نسبة أولهـــا الى ثانيها كنسبة ثالثها الى رابعها كالاثنين والأربعة والثلاثة والستة ، فإن نسبة الاثنين الى الأربعة كنسبة الثلاثة الى الستة ، وكذلك نسبة كل وارث من المسألة اليها كنسبة ماله من التركة اليها ، وهذه الأعداد الاربعة أصل كبير في استخراج المجهولات ، واذا جهل أحدهـا ففي استخراجه طرق :

أحدها : طريق النسبة، وقد أشار اليها بقوله : (اذا كانت التركة معلومة) وصححت المسألة على ما تقدم (وأمكن نسبة سهام كل وارث من المسألة بجزء) كخمس أو عشر (فله) ؛ أي : ذلك الوارث (من التركة بنسبته) ؛ أي: نسبة سهمه الى المسألة، وذلك (كزوج وأبوين وابنتين، المسألة من) اثني عشر، وتعول الى (خمسة عشر ، والتركة أربعون ديناراً ؛ فللزوج) من المسألة (ثلاثة وهي خمس المسألة فله خمس التركة ثمانية دنانير ، ولكل واحد من الأبوين) اثنان وهما (ثلثا خمس المسألة ، فله ثلثا الثمانية) خمسة وثلث (ولكل واحد من البنتين مثل ما للأبوين) يعني لكل واحدة أربعة نسبتها ، الى الخمسة عشر خمس وثلث خمس ، فخذ لها من التركة مثل ذلك وذلك عشرة دنانير وثلثان ، وهذا أحسن الطرق حيث سهلت .

الثانية: المشار اليها بقوله : (وإن شئت قسمت التركة على المسألة) وضربت الخارج بالقسمة في نصيب كل وارث، فما اجتمع فهو نصيبه، ففي مسألتنا اذا قسمتها على المسألة ؛ كان الخارج دينارين وثلثين ، فإذا ضربتها في نصيب الزوج، وهو ثلاثة ؛ كانت ثمانية دنانير ، واذا ضربتها في نصيب كل واحد من الأبوين كانت خمسة وثلثا ، واذا ضربتها في نصيب كل واحدة من البنتين كانت عشرة دنانير وثلثي دينار (أو) قسمت (وفقها) ؛أي : وفق التركة (على وفق المسألة) فإنها توافق مسألتنا بالأخماس ، فإذا قسمت خمسها — وهو ثمانية — على خمس المسألة وهو ثلاثة حتى علمت الخارج بالقسمة لكل سهم ، وهو هنا ديناران وثلثا دينار (وضربت الخارج بالقسم في نصيب كل وارث ، فما اجتمع ؛ فهو نصيبه) فإذا ضربت الاثنين وثلثين في سهام الزوج، وهي ثلاثة ، بلغت ثمانية وهي حقه، واذا ضربتها في سهمي الأب بلغت خمسة وثلثاً وهي حقه ، وكذلك اذا ضربتها في سهمي الأم ، واذا ضربتها في أربعة وهي سهام كل واحدة من البنتين بلغت عشرة وثلثين وذلك حقها (وإن شئت قسمت المسألة على التركة) وإن كانت التركة أكثر كما في المثال نسبت المسألة اليهـــا (فما خرج) بالقسمة (فاقسم عليه نصيب كل وارث بعد بسطه من جنس الخارج فما خرج فـ) هو (نصيبه) ففي المثال نسبة الخمسة عشر الى الاربعين ثلاثة أثمان ، فتقسم عليها نصيب كل وارث بعد بسطه أثماناً بأن تضربه في ثمانية مخرج الثمن ، ثم تقسم على ثلاثة ، فللزوج ثلاثة تضربها في ثمانية بأربعة وعشرين ، ثم تقسمها على ثلاثة يخرج له ثمانية دنانير، ولكل من الأبوين اثنان في ثمانية بستة عشر، تقسمها على ثلاثة يخرج خمسة وثلث، ولكل واحدة من البنتين أربعة في ثمانية باثنين وثلاثين ، ثم تقسمها على ثلاثة يخرج لها عشرة وثلثان (وإن شئت قسمت التركة في) مسائل (المناسخات على المسألة الاولى ثم) أخذت (نصيب) الميت (الثاني) من الأول فقسمته (على مسألته وكذا) تفعل في (الثالث) فتقسم نصيبه منها على ورثته ثم في الرابع وهكذا حتى ينتهوا ، فلو مات إنسان عن أربعة بنين وأربعين ديناراً ، ثم مات أحدهم

عن زوجته وإخوته ، فإذا قسمت التركة على المسألة الاولى خرج لكل واحد عشرة ، ثم تقسم نصيب المتوفى وهو عشرة على مسألة أربعة ، فتعطي الزوجة دينارين ونصفاً ، ولكل أخ كذلك ، ثم إن مات آخر عن زوجته وأخويه ؛ فله من التركتين اثنا عشر ونصف دينار ، فللزوجة ثلاثة دنانير وثمن دينار ، ولكل من الأخوين أربعة ونصف دينار وثمن دينار ونصف ثمن دينار ، وقس على ذلك (وإن قسمت على قراريط الدينار وهي أربعة وعشرون) في اصطلاح أهل مصر والشام ومن وافقها، وعند المغاربة عشرون (فاجعل عددها) ؛ أي : القراريط (كتركة معلومة ، واعمل على ما ذكر) فيما تقدم (فإن كانت السهام كثيرة ، وأردت علم سهم القيراط) منهـا (فاقسم) ما صحت منه (المسألة على أربعة وعشرين ، فما خرج فهو سهم القيراط ؛ كأن كانت) التركة (ستمائة ف)حل الأربعة والعشرين الى ما تركبت منه، وهو ثمانية وثلاثة وأربعة، و (اقسمها) ؛ أي : الستمائة (على ستة ؛ لأنها أحد ضلعي القيراط يخرج) بالقسمة (مائة اقسمها على الضلع الآخر، وهو أربعة ؛ يخرج خمسة وعشرون ، (وهي سهم القيراط، وإن قسمت وفق السهام) ؛ أي : سهام المسألة يعني نفس المسألة (على وفق القيراط) ليحصل المطلوب (أخذت سدس الستمائة ، وهو مائة فتقسمه على سدس الأربعة والعشرين وهو أربعة ، فيخرج خمس وعشرون) وهو المطلوب (وإن) شئت (أخذت ثمن الستمائة وهو خمسة وسبعون ، وقسمته على ثمن الاربعة وعشرين وهو ثلاثة ، يخرج خمسة وعشرون ، وكذلك كل عدد قسمته على) عدد (آخر) اذا كان بينهما موافقة رددت كلًا منهما الى وفقه ، وقسمت وفق المقسوم على وفق المقسوم عليه يخرج المطلوب ، وإن شئت فانظر عدداً اذا ضربته في الاربعة وعشرين ؛ ساوى حاصله المقسوم أو قاربه ، فإن بقيت منه بقية ضربتها في عدد آخر حتى يبقى أقل من المقسوم عليه، ثم تجمع العدد الذي ضربته اليه ، وتنسب تلك البقية من المقسوم عليه ، فتضمها الى العدد ؛ فيكون ذلك

سهم القيراط مثاله في الستمائة أن تضرب عشرين هوائية في أربعة وعشرين هي المقسوم عليها تكون أربعمائة وثمانين، يبقى من المقسوم مائة وعشرون وهي أكثر من الاربعة وعشرين، فتضرب خمسة أخرى هوائية في الاربعة وعشرين تكون مائة وعشرين، ولا يبقى من المقسوم شيء، وتضم الخمسة الى العشرين؛ فيكون ذلك سهم القيراط، ومن عرف علم الحساب هان عليه ذلك وغيره من الأعمال الفرضية .

(فإذا عرفت سهم القيراط فكل من له سهام فأعطه بكل سهم من سهام القيراط قيراطاً ، فإن بقي له من السهام ما لا يبلغ قيراطاً ، فانسبه الى سهم القيراط وأعطه مثل تلك النسبة ، وإن كان في سهام القيراط كسر فابسط القراريط الصحاح من جنس الكسر ، وضم الكسر اليها ، واحفظ المجتمع ثم) كل (من له شيء من المسألة اضربه في مخرج الكسر ، واحسب له بكل قدر عدد البسط قيراطاً ، وإن بقي) أو خرج (ما لا يبلغ مجموع البسط فانسبه منه)؛ أي: البسط (وأعطه مثل تلك النسبة) مثاله زوج وأم وستة أعمام، تصح المسألة من ستة وثلاثين، اذا قسمتها على مخرج القيراط أربعة وعشرين خرج واحد ونصف ، فبسط ذلك ثلاثة احفظها ، ثم اضرب للزوج ثمانيـــة عشر في مخرج الكسر اثنين بستة وثلاثين ، واجعل له بكل ثلاثة قيراطاً يخرج له اثنا عشر قيراطاً ، واضرب للأم اثني عشر في اثنين بأربعة وعشرين ، وأعطها بكل ثلاثة قيراطاً يخرج لها ثمانية قراريط ، واضرب لكل عم واحداً في اثنين وسمها من الثلاثة يكن له ثلثا قيراط .

(وإن كانت سهام التركة)؛أي: المسألة (دون الأربـع والعشرين ، فانسبها اليها)؛أي: الاربعة والعشرين (واحفظ بسط الكسر) الخارج بالنسبة (ثم من له شيء من المسألة فاضربه في مخرج الكسر ، واحسب له بكل عـدد البسط قيراطاً) بأن تقسم الحاصل على البسط يخرج ماله (كزوج وثلاثـــة إخوة

وأختين) لأبوين . أصل المسألة من اثنين ، للزوج واحد يبقى واحد للاخوة على ثمانية لا ينقسم ، فتضرب ثمانية في اثنين (تصح من ستة عشر) وهي أقل من أربعة وعشرين و (نسبتها للأربعة وعشرين ثلثان فمخرج) ذلك (الكسر ثلاثة وابسطه اثنان فللزوج) من الستة عشر (ثمانية اضربها في ثلاثة) مخرج الثلثين (بأربعة وعشرين) و (احسب له كل اثنين بقيراط) بأن تقسم الاربعة والعشرين على اثنين ، وهي بسط الثلثين (يكن) الخارج (اثني عشر قيراطاً) للزوج (وكذا الإخوة) فلكل أخ سهمان في ثلاثة بستة ، احسب له كل اثنين بقيراط يكن له ثلاثة قراريط ، ولكل اخت واحد في ثلاثة بثلاثة فلها قيراط ونصف قيراط .

(وإن كانت التركة سهاماً من عقار كثلث وربع) ونحوه ، كسدس ، وخمس من دار أو بستان ونحوه ،فلك طريقان :(فـ) إن شئت (اجمعها)؛ أي: الكسور (من قراريط الدينار ، واقسمها كما ذكر فثلث دار وربعها أربعة عشر قيراطاً ، فاجعلها كأنها دنانير ، واعمل كما سبق) لك (كـ)ما لو ماتت امرأة عن (زوج وأم وأخت لأب ، فالمسألة من ثمانية : للزوج ثلاثة هي) ؛ أي: الثلاثة (ربعها وثمنها)؛ أي: المسألة (فإن قسمت السهام على المسألة، فللزوج ربع أربعة عشر قيراطاً، وثمنها وهو خمسة قراريط وربع)قيراط (من جميع الدار، وللأم سهمان هما ربع التركة، فتعطيها) ربع الأربعة عشر (ثلاثة ونصفاً ، وللأخت مثل الزوج).

والطريق الثاني ذكره بقوله : (وإن شئت وافقت بينها) ؛ أي :السهام (وبين المسألة) بأن تنظر هل بينهما موافقة أو مباينة (وضربت المسألة إن باينت السهام) في مخرجها (أو) ضربت (وفقها ان وافقتها) السهام (في مخرج سهام العقار ثم) كل (من له شيء من المسألة اضربه في السهام الموروثة من العقار) عند المباينة (أو) اضربه في (وفقها) عند الموافقة (فما بلغ فانسبه من مبلغ سهام العقار، فما خرج فهو سهام العقار فما خرج فهو سهام نصيبه، ففي المسألة المذكورة) وهي زوج وأم وأخت لغيرها ، والتركة ثلث دار وربعها، المسألة من ثمانية ،

وبسط الثلث والربع من مخرجها سبعة و (ليس بين الثمانية والسبعة موافقة ، فاضرب الثمانية في مخرج السهام وهو اثنا عشر ؛ تكن ستة وتسعين للزوج من المسألة ثلاثة مضروبة في سبعة بأحد وعشرين فانسبها لستة وتسعين تجدها ثمنها وثلاثة أرباع ثمنها) والاثنا عشر ثمنها ، والتسعة ثلاثة أرباعه (فله من الدار مثل تلك النسبة ، وللأخت مثله ، وللأم) من المسألة (سهمان في سبعة بأربعة عشر ، وهي ثمن الستة وتسعين ، وسدس ثمنها ؛ فلها من الدار مثل تلك). هذا مثال المباينة (ومثال الموافقة زوج وأبوان وبنتان والتركة ربع دار وخمسها ؛ فالمسألة من) اثني عشر ، وتعول الى (خمسة عشر) للزوج ثلاثة ، ولكل من الأبوين سهمان ، ولكل بنت أربعة (ومخرج السهام عشرون) وبسطها تسعة كما سيشير اليه (فالمسألة توافق السهام الموروثة من العقار بالثلث ؛ لأنها) ؛ أي : السهام الموروثة (تسعة ، فترد المسألة الى ثلثها خمسة) للموافقة (ثم تضربها في مخرج سهام العقار ، وهي عشرون ؛ تكن مائة) وتتمم العمل على ما سبق (فللزوج من المسألة) التي هي خمسة عشر (ثلاثة في وفق سهام العقار ثلاثة تبلغ تسعة ، انسبها للمائة تكن تسعة أعشار عشرها ؛ فله من الدار تسعة أعشار عشرها ، ولكل واحد من الابوين سهمان في ثلاثة بستة ، وهي ستة أعشار) المائة ؛ فله بمثل تلك النسبة ستة أعشار (عشر الدار ، ولكل بنت) من المسألة (أربعة في ثلاثة) وفق السهام (باثني عشر ، وهي عشر) المائة وعشرا عشرها ، فلها عشر (الدار وعشرا عشرها) والأولى أن تقول : وخمس عشرها ؛ لأنه أخصر. هذا كله اذا لم تنقسم السهام على المسألة (وان انقسمت سهام العقار على المسألة ، فاقسمها من غير ضرب في شيء ، كزوج وأم وثلاث أخوات متفرقات) إحداهن شقيقة والاخرى لأب والثالثة لأم (والتركة ربع دار وخمسها) أصل (المسألة من) ستة ، وتعول الى (تسعة) للزوج ثلاثة ، وللشقيقة مثله ، ولكل واحدة من الباقيات سهم (ومخرج سهام العقار عشرون ، الموروث منها تسعة) لأن ربعها خمسة ، وخمسها أربعة ، والمجموع تسعة (منقسمة على المسألة ، للزوج منها ثلاثة ، وهي عشر) العشرين

ونصف عشرها ؛ فله عشر (الدار ونصف عشرها ، وللأخت من الابوين مثل ذلك ، ولكل واحدة من الباقيات) واحد وهو نصف عشر العشرين ، فلها (نصف عشرها) ؛ أي : الدار ، وقس على ذلك ما أشبهه .

(فرع : لو قيل : كم تركة من خلف أربعة بنين ، فأخذ الأكبر ديناراً وخمس ما بقي ، وأخذ الثاني دينارين وخمس ما بقي ، وأخذ الثالث ثلاثة دنانير وخمس ما بقي ، وأخذ الرابع جميع ما بقي و) الحال أن (كل واحد) منهم (أخذ حقه من غير زيادة أو نقص) كم كانت التركة ؟

(فالجواب) كانت (ستةعشر ديناراً) وقد أخذ كل واحد منهم أربعة دنانير ، وهي نصيبه . وإن خلف بنين ودنانير ، فأخذ الأكبر ديناراً وعشر الباقي ، وأخذ الثاني دينارين وعشر الباقي ، وأخذ الثالث ثلاثة دنانير وعشر الباقي ، وأخذ الرابع أربعة دنانير وعشر الباقي ، واستمروا كذلك ، ثم أخذ الأصغر الباقي ، واستوت سهامهم ، فكم البنين والدنانير ؟ فخذ مخرج العشر ، وهو عشرة وانقصه واحداً ؛ فالباقي تسعة ، وهي عدد البنين ، فاضرب عددهم تسعة في مثله ، والمرتفع بالضرب هو عدد الدنانير ، وهو أحد وثمانون ، وأخذ كل واحد تسعة دنانير .

(ولو قال) إنسان (صحيح لمريض : أوص ، فقال) المريض للصحيح : (إنما يرثني امرأتاك وجدتاك وأختاك وعمتاك وخالتاك ؛ فالجواب أن كل واحد منهما تزوج بجدتي الآخر أم أمه وأم أبيه ، فأولد المريض كلا منهما) ؛ أي : من جدتي الصحيح (بنتين ، فهما من أم أبي الصحيح عمتا الصحيح ، ومن أم أمه خالتاه ، وقد كان أبو المريض تزوج أم الصحيح ، فأولدها بنتين) فالورثة زوجتان ، وهما جدتا الصحيح وجدتان ، وهما زوجتا الصحيح وأربع بنات ، العمتان والخالتان ، وأختان لأب هما أختا الصحيح لأمه ، فأصل المسألة من

أفتى به شيخنا أحمد (ولو انتظم بيت المال) على الصحيح من المذهب (ما عدا الزوجين فلا رد عليها) نصاً؛ لأنهما ليسا من ذوي القرابة، وما روي عن عثمان أنه رد على زوج، فلعله كان عصبة أو ذا رحم، فأعطاه لذلك، أو أعطاه من بيت المال لا على سبيل الميراث.

(فإن رد على واحد) بأن لم يترك الميت إلا بنتاً أو بنت ابن أو أماً أو جدة ونحوهن (أخذ) الواحد (الكل) فرضاً، ورداً؛ لأن تقدير الفروض شرع لمكان المزاحمة، وقد زال.

(و) إن زاد المال (على جماعة) من ذوي الفروض (من جنس) واحد (كبنات) أو بنات ابن أو أخوات أو جدات أو أولاد أم (ف) هم في الميراث (سواء) كالعصبة من البنين والإخوة وغيرهم، كبني الإخوة والأعمام وبنيهم؛ لاستوائهم في موجب الميراث.

(وإن اختلف جنسهم) أي: محلهم من الميت كبنت وبنت ابن أو أم أو جدة وليس فيهم أحد الزوجين (فخذ عدد سهامهم) أي: المردود عليهم (من أصل ستة دائماً) لأن الفروض كلها توجد في الستة إلا الربع والثمن، وهما للزوجين، ولا يرد عليهما، والسهام المأخوذة من أصل مسألتهم هي أصل مسألتهم كما في المسألة العائلة..

(فجدة وأخ لأم) أو أخت لأم (تصح من اثنين) لأن لكل منهما السدس واحد من الستة، فالسدسان اثنان منها، فيقسم المال بينهما نصفين فرضاً ورداً، فإن كان الجدات فيها ثلاثة؛ انكسر عليهن سهمهن، فاضرب عددهن في الاثنين، وتصح من ستة، للأخ من الأم ثلاثة: وللجدات ثلاثة لكل واحدة واحد.

(وأم وأخ لأم) أو أخت لأم (من ثلاثة) للأم الثلث اثنان من ستة، ولولدها السدس واحد؛ فيقسم المال بينهما أثلاثا، وكذا أم ولدها.

أربعة وعشرين (وتصح من ثمانية وأربعين) لأن ثمن الزوجتين لا ينقسم عليها، ويباينها ، وكذلك نصيب الاختين واثنان واثنان متماثلان ، فتكتفي بأحدهما وتضربه في المسألة يبلغ ما ذكر ؛ فللزوجتين الثمن ستة لكل واحدة ثلاثة ، وللجدتين ثمانية لكل واحدة أربعة، وللبنات اثنان وثلاثون لكل واحدة ثمانية، والأختين ما بقي ، وهو اثنان لكل واحدة منها واحد .

باب الرد

وقد اختلف فيه، والقول به روي عن عمر وعلي وابن عباس، وكذا عن ابن مسعود في الجملة ، وبه قال أبو حنيفة وأصحابه ، ونص عليه إمامنا في رواية الجماعة ، وسواء انتظم بيت المال أم لا ، وعليه الفتوى عند الشافعية إن لم ينتظم بيت المال ، ومذهب زيد ومالك لا يرد على أحد بدليل تقدير الفروض، وتقدم جوابه . ولنا قوله تعالى : « وأولوا الأرحام بعضهم أولى ببعض في كتاب الله »[1] وهؤلاء من ذوي رحمه ، وقد ترجحوا بالقرب ؛ فهم أولى من بيت المال ؛ لأنه لسائر المسلمين ، وذو الرحم أحق من الأجانب ، وقال صلى الله عليه وسلم : « من ترك مالاً فلورثته ، ومن ترك كلًا فإليّ » . وفي لفظ : «ومن ترك ديناً فإليّ ومن ترك مالاً فللوارث» . متفق عليه . وهو عام في جميع الأموال .

(وهو) ؛ أي: الرد (زيادة في الأنصباء ونقصان من السهام، عكس العول) إذ هو نقصان في الأنصباء وزيادة في السهام (حيث لم تستغرق الفروض التركة) كما لو كان الوارث بنتاً وبنت ابن ونحو ذلك (ولا عاصب) مع ذوي الفروض (رد فاضل) عن الفروض (على كل ذي فرض) من الورثة (بقدره) ؛ أي: الفرض كالغرماء يقتسمون مال المفلس بقدر ديونهم، وظاهره لا فرق بين المسلم والذمي

---

(١) سورة الانفال ، الآية : ٧٥

(وأم وبنت) أو بنت ابن (من أربعة) للأم السدس واحد ، وللبنت أو بنت الابن النصف ثلاثة ، فيقسم المال بينها أرباعاً ، للأم ربعه وللبنت أو بنت الابن ثلاثة أرباعه .

(وأم وبنتان) أو بنتا ابن أو أختان لغير أم (من خمسة) للأم السدس ، وللأخريين الثلثان أربعة بينهن على خمسة ، الأم خمسه ، وللأخريين أربعة أخماسه (ولا تزيد) مسائل الرد (عليها) ؛أي: الخمسة أبداً (لأنها لو زادت) على الخمسة (سدساً آخر لاستغرقت الفروض) المال ، فلم يبق منه شيء يرد (فإن انكسر على فريق منهم) ؛أي: من الورثة المردود عليهم سهامه (ضربته) ؛ أي : عدد الفريق إن باينته سهامه ، أو وفقه إن وافقته (في عـدد سهامهم لا في الستة) كما تضرب في المسألة بعولها اذا عالت دون أصلها ، بيان ذلك في أصل اثنين، ثلاث جدات وأخ من أم ، للجدات سهم لا ينقسم عليهن ، فتضرب عددهن في أصل المسألة وهو اثنان تكن ستة ، للأخ ثلاثة ، ولكل واحدة سهم أصل ثلاثـــة (كأم وثلاثة إخوة لأم) للاخوة سهمان لا يصح عليهم (فتضرب) عددهم (ثلاثة في أصل المسألة وهو (ثلاثة بتسعة) ومنهـا تصح للأم ثلاثة ولكل واحد سهمان . أصل أربعـة . أخت لأبوين وأربـع أخوات لأب لهن سهم لا ينقسم عليهن ، فاضرب عددهن في أصل المسألة وهو أربعة تكن ستة عشر، ومنهـــا تصح ، للشقيقة اثنا عشر ، وللاتي للأب أربعـة لكل واحدة سهم . أصل خمسة أم وأخت لأبوين وأربـع أخوات لأب ، للأم السدس واحد ، وللشقيقة النصف ثلاثة ، وللاتي للأب السدس واحد لا ينقسم عليهن ويباينهن، فاضرب عددهن في خمسة أصل المسألة تكن عشرين ، ومنها تصح ، الأم أربعة ، وللشقيقة اثنا عشر، وللاتي للأب أربعة لكل واحدة سهم (وان كان معهم) ؛أي: مع الذين يرد عليهم من أصحاب الفروض ، (أحد الزوجين ، فاعمل مسألة رد) أولاً (ثم) اعمل مسألة (زوجية و) أعط أحد الزوجين فرضه من مسألته ثم (اقسم ما فضل

عن فرض الزوجية على مسألة الرد) كوصية مع إرث ، فيبدأ بإعطاء أحد الزوجين فرضه ، والباقي لمن يرد عليه (فإن انقسم) بلا كسر (كأم وأخوين لأم وزوجة) لم تحتج الى ضرب ، وصحتا من مخرج فرض الزوجية ؛ فللزوجة الربع واحد من أربعة ، والباقي ثلاثة تنقسم على مسألة الرد وهي ثلاثة صحت المسألتان من مسألة الزوجية ، للزوجة سهم ، وللأم سهم ، ولكل واحد من الأخوين سهم ، وكذا زوجة وأم وأخ لأم ، للزوجة سهم ، والباقي للأم وولدها أثلاثا ، لها مثلا ماله سهمان ، وله سهم (وإلا) ينقسم الباقي بعد فرض أحد الزوجين على مسألة الرد ، ولم يوافقها (فاضرب مسألة الرد في مسألة الزوجية للتباين) إذ الباقي بعد فرض الزوجية إما واحد من اثنين إن كان الفرض نصفاً ، والواحد يباين كل عدد ، وإما ثلاثة ان كان ربعاً ، وهي تباين الاثنين والأربعة والخمسة ، وإما سبعة إن كان ثمناً ، وهي مباينة لأصول الرد الأربعة ، فإن احتاجت مسألة الرد لتصحيح وصححتها ، فيمكن أن تكون الموافقة بين ما صحت منه وما بقي ، فما حصل صحت منه المسألتان (ثم) تقسمه فمن له شيء من مسألة الزوجية أخذه مضروباً في مسألة الرد ؛ لأنها التي ضربت فيها ، ومن له شيء من مسألة الرد أخذه مضروباً في الفاضل عن فرض أحد الزوجين من مسألة الزوجية ؛ لأنه المستحق لهم ، واليه الإشارة بقوله : ثم (اضرب) ما (لذي الزوجية في مسألة الرد و) ما (لذي الرد في الفاضل عن مسألة الزوجية) وينحصر ذلك في خمسة أصول :

أحدها : ما ذكره بقوله (فزوج وجدة وأخ لأم) مسألة الزوج من اثنين له واحد ، ويبقى واحد من اثنين على مسألة الرد فـ(تضرب مسألة الرد اثنان في مسألة الزوج) وهي (اثنان ؛ فتصح من أربعة) للزوج واحد في اثنين باثنين ، ولكل من الجدة والأخ لام واحد في واحد بواحد (و)إن كان (مكان زوج زوجة) فتكون الورثة زوجة وجدة وأخا لام مسألة الزوجية من أربعة ، لها

واحد يبقى ثلاثة لا تنقسم على مسألة الرد وهي اثنان وتباينها ف(تضرب مسألة الرد) اثنين (في مسألتها) ؛ أي : الزوجة وهي أربعة (تكون ثمانية) للزوجة الربع واحد في اثنين باثنين ، ولكل من الجدة والاخ لأم واحد في ثلاثة بثلاثة و(زوجة وشقيقة وأخت لأب) مسألة الرد من أربعة للشقيقة ثلاثة ، وللأخت لاب واحد ، يفضل عن فرض الزوجة ثلاثة تباين الاربعة ، فإذا ضربت أربعة في أربعة انتقلت المسألة وصارت (من ستة عشر) الزوجة الربع أربعة ، وللشقيقة تسعة ، وللأخت لاب ثلاثه (و)ان كان مكان الجدة (زوجة وبنت وبنت ابن) فمسألة الزوجة من ثمانية ، ومسألة الرد من أربعة ، والفاضل عن الزوجة سبعة لا تنقسم ، وتباين ، فإذا ضربت أربعة في ثمانية ؛ انتقلت المسألة وصارت (من اثنين وثلاثين) للزوجة الثمن أربعة ، وللبنت أحد وعشرون ، ولبنت الابن سبعة (و)إن كان (معهن) ؛ أي : الزوجة والبنت وبنت الابن (جدة ف)مسألة الرد (من) خمسة ، والباقي بعدفرض الزوجة سبعة ،فاضرب الخمسة في الثمانية تبلغ (أربعين)للزوجة الثمن خمسة ، وللبنت أحد وعشرون، ولبنت الابن سبعة ، وللجدة سبعة .

(تنبيه) : وإن كان مع أحد الزوجين واحد منفرد ممن يرد عليه من من الورثة ؛ أخذ الفاضل عن الزوج أو الزوجة كأنه عصبة ، ولا تنتقل المسألة؛ لعدم المقتضي للنقل كزوجة وبنت ،للزوجة الثمن واحد ، والباقي للبنت فرضاً ورداً (وإن حصل انكسار) سهم فريق أو أكثر عليه (بعد عمل المسألتين)؛ أي : مسألة الزوجية ومسألة الرد (فالموافق ترده لوفقه) ؛ أي : فإن وافق الباقي بعد فرض الزوجية مسألة الرد بجزء، كنصف وربع وثمن، فأرجع مسألة الرد إلى وفقها ، واعتبر الأدق إن تعدد ، ثم اضربه في مسألة الزوجية(والمباين تبقيه بحاله) مثال المباين ما أشار اليه بقوله (فزوجة وبنت وثلاث جدات) متفرقات مسألة الزوجية (من) ثمانية ومسألة الرد من أربعة فاضرب إحداهما

في الأخرى تكن (اثنين وثلاثين ، للزوجة أربعة ، وللبنت أحد وعشرون ، وللجدات سبعة تباينهن) ؛ أي : تباين عددهن (فالثلاث) التي هي عدد رؤوس الجدات (جزء سهمها) ؛ أي : المسألة (اضربها في اثنين وثلاثين بست وتسعين) ومنها تصح (للزوجة أربعة في ثلاثة باثني عشر ، وللبنت أحد وعشرون في ثلاث بثلاث وستين ، وللجدات سبع في ثلاث بأحد وعشرين) لكل واحدة سبعة ، ثم تصحح بعد ذلك على ما ذكر في باب التصحيح اذا انكسر سهم فريق منهم عليهم ضربته فيما انتقلت اليه المسألة. مثاله لو مات رجل (و) ورثه (أربع زوجات وست بنات وجدتان) أصل مسألة الزوجية من ثمانية ، للزوجات واحد لا ينقسم عليهن ويباين ، يفضل سبعة ، وأصل مسألة الرد (من) خمسة ؛ لأن مسألة الرد لا تزيد على خمسة أبداً ، كما لا يمكن أن تكون من سبعة أبداً ، فاضرب إحداهما في الأخرى تكن (أربعين للزوجات خمس تباينهن) يبقى خمسة وثلاثون (وللجدتين) خمس المسألة (سبع كذلك) ؛ أي : تباينها (وللبنات ثمان وعشرون) وهي (توافق) عدد رؤوسهن (بالنصف ، فاضرب وفق رؤوس البنات) وهو (ثلاثة في) أربعة عدد (رؤوس الزوجات باثني عشر ، وهي) ؛ أي : الاثنا عشر (جزء السهم) المقسوم عليه (فتضربها بأربعين بأربعمائة وثمانين) ومنها تصح ، ثم تقسم ، فكل من له شيء من الأربعين أخذه مضروبا في الاثني عشر التي هي جزء السهم ؛ فللزوجات خمسة في اثني عشر بستين لكل واحدة خمسة عشر ، وللجدتين سبعة في اثني عشر بأربعة وثمانين لكل واحدة اثنان وأربعون ، وللبنات ثمانية وعشرون في اثني عشر بثلاثمائة وستة وثلاثين لكل واحدة ستة وخمسون .

باب ذوي الارحام وكيفية توريثهم

الأرحام : جمع رحم . قال : صاحب « المطالع » هي معنى من المعاني ، وهو النسب والاتصال الذي يجمعه والد ، فسمي المعنى باسم ذلك المحل تقريبا للافهام ، ثم يطلق الرحم على كل قرابة .

(وهم) ؛ أي : ذوو الأرحام اصطلاحا في الفرائض (كل قرابة ليس بذي فرض ولا عصبة) واختلف في توريثهم ، فروي عن عمر وعلي وعبد الله وأبي عبيدة ابن الجراح ومعاذ بن جبل وأبي الدراء رضي الله عنهم توريثهم عند عدم العصبة وذوي الفرض غير الزوجين ، وبه قال أبو حنيفة وأحمد والشافعي إذا لم ينتظم بيت المال ، وكان زيد لا يورثهم ، ويجعل الباقي لبيت المال ، وبه قال مالك وغيره ، ولنا قوله تعالى: « وأولوا الأرحام بعضهم أولى ببعض في كتاب الله »[1] وحديث سهل بن حنيف : أن رجلًا رمى رجلًا بسهم ، فقتله ، ولم يترك الا خالا ، فكتب فيه أبو عبيدة لعمر ، فكتب إليه عمر اني سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول : «الخال وارث من لا وارث له » . رواه أحمد . قال الترمذي : حديث حسن . وروى المقداد عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال: «الخال وارث من لا وارث له» يعقل عنه . ويرثه » أخرجه أبو داود .

(وأصنافهم) ؛ أي: ذوي الأرحام (أحد عشر) صنفاً : أحدها (ولد البنات لصلب أو لابن و) الثاني (ولد الأخوات) لأبوين أو لأب (و)الثالث (بنات الإخوة) لأبوين أو لأب (و) الرابع (بنات الأعمام) لأبوين أو

---

(١) سورة الانفال ، الآية : ٧٥

لأب أو لأم (و) الخامس (ولد ولد الأم) ذكراً كان أو أنثى (و) السادس (العم لأم) سواء كان عم الميت أو عم أبيه أو جده ، وإن علا (و) السابع (العمات) لأبوين أو لأب أو لأم ، وسواء في ذلك عمات الميت وعمات أبيه وعمات جده ، وإن علا (و) الثامن (الأخوال والخالات) للميت ولابويه أو أجداده أو جداته (و) التاسع (أبو الأم) وأبوه ، وإن علا (و) العاشر (كل جدة أدلت بأب بين أمين) كأم أبي الأم (أو) أدلت (بأب أعلى من جد) كأم أبي أبي الميت (و) الحادي عشر (من أدلى بهم) ؛ أي : بواحد من صنف ممن سبق كعمة العمة أو العم ، وخالة العمة أو الخال ، وأخي أبي الأم وعمه وخاله ، ونحو ذلك . واختلف القائلون بتوريثهم في كيفيته على مذاهب ، هجر بعضها والباقي لم يهجر ، مذهبان: أحدهما مذهب أهل القرابة ، وهو انهم يورثون على ترتيب العصبة ، وهو قول أبي حنيفة وأصحابه ، وهو رواية عن الإمام أحمد (و) المذهب الثاني ، وهو المختار انهم (يورثون بتنزيلهم منزلة من أدلوا به) فينزل كل منهم منزلة من أدلى به من الورثة بدرجة أو درجات حتى يصل إلى من يرث ، فيأخذ ميراثه .

(فولد بنت لصلب أو) بنت (لابن وولد أخت كأم كل) منهم (وبنت أخ و) بنت (عم وولد ولد أم كآبائهم ، وأخوال وخالات وأبو أم كأم ، وعمات وعم من أم كأب ، وأبو أم أب وأبو أم أم وأخواهما وأختاهما وأم أبي جد بمنزلتهم ، ثم تجعل نصيب كل وارث) بفرض أو تعصيب (لمن أدلى به) من ذوي الارحام ؛ لما روي عن علي وعبد الله أنهما نزلا بنت البنت بمنزلة البنت ، وبنت الأخ بمنزلة الاخ ، وبنت الاخت بمنزلة الأخت ، والعمة منزلة الأب ، والخالة منزلة الأم ، وروي ذلك عن عمر في العمة والخالة . وروى الزهري أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : « العمة بمنزلة الأب إذا لم يكن بينهما أب ، والخالة بمنزلة الام إذا لم يكن بينهما أم» . رواه أحمد . فإذا انفرد

واحد من ذوي الأرحام أخذ المال كله ؛ لانه ينزل منزلة من أدلى به ، فأما أن يدلي بعصبته ، فيأخذه تعصيباً أو بذي فرض ، فيأخذه فرضاً ورداً.

(فــإن أدلى جماعة) من ذوي الرحم (بوارث) بفرض أو تعصيب (واستوت منزلتهم منه) بلا سبق كأولاده وكإخوته المتفرقين الذين لا واسطة بينه وبينهم (فنصيبه لهم) كإرثهم منه ، لكن هنـا (ذكر كأنثى) لأنهم يرثون بالرحم ، فاستوى ذكرهم وأنثاهم كولد الام (فبنت أخت وابن وبنت) (لـ)أخت(أخرى ،لـ)بنت الاخت (الاولى النصف)لانه إرث أمها فرضاً ورداً (و لـ)بنت الاخت (الاخرى وأخيها النصف) لأنه إرث أمها حيث استوت الاختـان في كونها لابوين أو لاب أو لام (بالسوية) بين الاخت وأخيها ، فتصـــح من أربعة . (وإن اختلفت) منزلتهم بمن أدلوا به (جعلت المدلي به كالميت) لتظهر جهة اختلاف منازلهم (وقسمت نصيبه بينهم) ؛ أي : من أدلوا به (على ذلك) ؛ أي : حسب منازلهم منه (كثلاث خالات متفرقات) واحدة شقيقة والاخرى لاب والاخرى لام (وثلاث عمات كذلك) ؛ أي : مفترقـات (فالثلث) الذي كان للأم (بين الخالات على خمسة) لانهن يرثنها كذلك فرضا ورداً(أو الثلثان)اللذان كانا للأب تعصيبا (بين العمات كذلك)؛ أي : على خمسة كما تقدم ، فأصل المسألة من ثلاثة ، للخالات واحد لا ينقسم على الخمسة ، وللعمات اثنان كذلك ،والخمسة والخمسة متماثلان (فاكتف بإحداهما ، واضربها) ؛ أي : الخمسة (في ثلاثه) أصل المسألة مخرج الثلث (تكن خمسة عشر) للخالات منهـا خمسة (للخالة لأبوين ثلاثة و) للخالة (لاب سهم و) للخالة (لام سهم) كما يرثن الام لو ماتت عنهن(و) للعمات عشرة (للعمة لابوين ستة و) للتي (لاب سهمان و) للتي (لام سهمان) .

(تنبية) : ولو كان مع الخالات خال من أم ، ومع العمات عم من أم؛

فالثلث بين الخال والخالات على ستة ، والثلثان بين العم والعمات على ستة ، وتصح من ثمانية عشر حاصلة من ضرب ثلاثة في ستة ، فللخالة لابوين ثلاثة ، وللتي لاب واحد ، وللتي لام وأخيها سهمان ، وللعمة لابوين ستة ، وللتي لاب سهمان ، وللتي لام وأخيها سهمان أربعة .

(وإن خلف ثلاثة أخوال مفترقين) ؛ أي : أحدهم أخ لام لابويها ، والآخر لابيها ، والآخر لامها (فلذي الام سدس) كما يرثه من أخته لوماتت (والباقي لذي الابوين) لانه يسقط الاخ للأب ، وتصح من ستة (ويسقطهم)؛ أي : الاخوال مطلقاً (أب الام) كما يسقط الاب الاخوة ؛ لإدلائهم به . وإن خلف ثلاث بنات إخوة مفترقين . فكأنه خلف أخا من الابوين وأخا لاب وأخا لام ، فسدس الاخ لام لبنته ، والباقي الأخ لابوين لو كان فهو لبنته ، وتسقط بنت الاخ لاب كابيها لو كان موجوداً مع الشقيق .

(وإن خلف ثلاث بنات عمومة مفترقات) ؛ أي : بنت عم لابوين وبنت عم لأب وبنت عم لام (فالكل) ؛ أي : كل التركة (لبنت) العم (ذي الأبوين) وحدها نصاً ؛ لقيام كل منهن مقام أبيهن ، ولو خلف ثلاثة أعمام مفترقين لكان جميع الميراث للعم من الأبوين ؛ لسقوط العم من الأب به مع كونه من العصبات ، فالعم من الأم مع كونه من ذوي الأرحام أولى بالسقوط ، وإن خلف ميت بنت عم لأب وبنت عم لأم وبنت عم لابوين ، أو بنت عم لام وبنت بنت عم لأبوين ؛ فالمال للأولى ؛ لأنها أقرب ، وبنت عم وبنت عمة ؛ المال لبنت العم في قول الجمهور .

(وإن أدلى جماعة) من ذوي الأرحام (بجماعة) من ذوي الفروض أو العصبات (جعل) بالبناء للمجهول (كأن المدلى بهم أحياء) وقسم المال بينهم (أو على نصيب كل وارث) بفرض أو تعصيب (لمن أدلى به) من ذوي الأرحام ؛ لأنهم ورثته (فا)بن أخت معه أخته ، وبنت أخت أخرى مساوية

للأخت الأولى في كونها لأبوين أو لأب أو لأم ؛ فلبنت الاخت وأخيها حق أمها النصف بينها نصفين ؛ لتنزيلهما منزلتها ، ولبنت الأخت الأخرى حق أمها النصف ؛ لقيامها مقامها ، وتصح من أربعة . وإن كان بنت بنت وبنت بنت ابن ؛ فالمسألة من أربعة بالرد كما لو مات عن بنت وبنت ابن لبنت البنت، ثلاثة حق أمها ؛ لقيامها مقامها ، ولبنت بنت الابن سهم حق أمها .

ولو كان (ثلاث بنات أخت لأبوين ومثلهن) ؛ أي: ثلاث بنات أخت (لأب ومثلهن) ؛ أي : ثلاث بنات أخت (لأم وثلاث بنات عم) لأبوين أو لأب ؛ قسم المال بين المدلى بهم من ستة(فللأول) بضم الهمزة وفتح الواو ؛ أي : بنات الأخت لأبوين (النصف) لأنه فرض من أدلين بها (ولكل) صنف (من) بنات الأختين (الآخريين)؛ أي : التي لأب والتي لأم(السدس يفضل) من المال (سدس) أعطه (لبنات العم) ثم تنظر ، فنصيب بنات الأخت لأبوين عليهن صحيـــح ، ونصيب الباقين على بناتهم مباين ، والأعداد متماثلة ؛ فتجتزيء بأحدهـا وهو ثلاثة (ثم تضرب) الـ(ثلاثة في) أصل المسألة (ستة بثمانية عشر) ومنها تصـح ، ثم أقسم المال بين المدلي بهم ، فأعط (لبنات) ا(لأخت لأبوين) النصف (تسعة) لكل واحدة ثلاثة(و)أعط(للجميـع)؛أي: جميـع الورثة البواقي (تسعة وهن)ثلاث بنات أخت لأب، وثلاث بنات أخت لأم ، وثلاث بنات عم فمجموعهن (تسعة) لكل واحدة سهم ، وإن كان ثلاث بنات ثلاث أخوات مفترقات كما تقدم ، وبنت عم لأبوين أو لأب ؛ فاقسم بين المدلى بهم كأنهم أحياء ؛ فالمسألة من ستة ، للأخت لأبوين النصف ثلاثة ، وللأخت لأب السدس تكملة الثلثين واحـد ، وللأخت لأم السدس ، وللعم السدس الباقي واحد، وتصح من أصلها ستة، فأعط بنت الشقيقة ثلاثة أسهم أمها، وأعط بنت الأخت لأب سهما وهو ما كان لأمهـا ، واعط بنت الأخت لأم سهماً ؛ لقيام كل واحد منهن مقام من أدلت به .

(وإن أسقط بعضهم) ؛ أي : المدلى بهم (بعضاً عمل به ، فعمة وبنت أخ ؛ المال للعمة) لأنهـا بمنزلة الأب ، وبنت الأخ بمنزلة الأخ ، والأب يسقط الإخوة .

(ويسقط بعيد من وارث بأقرب) منه اليه (كبنت بنت و) بنت بنت بنت (أخرى) المال للأولى ؛ لأن الثانية (أنزل) منها ، وكخالة وأمأبي أم ، المال للخالة ؛ لانها تلقى الأم بأول درجة ؛ بخلاف أم أبيها ، وكذا بنت بنت بنت وبنت بنت ابن ؛ المال الثانية ؛ لأنها تلقى بنت الابن الوارثة بالفرض بأول درجة (إلا ان اختلفت الجهـة ؛ فينزل بعيد حتى يلحق بوارث سقط به أقرب أو لا كبنت بنت بنت وبنت أخ لأم ؛ الكل الأولى) لأن جدتها وهي البنت تسقط الأخ لأم ، ونص في رواية جماعة في خالة وبنت خالة وبنت ابن عم ، للخالة الثلث ، ولبنت ابن العم الثلثان ، ولا تعطى بنت الخالة شيئاً . ومن خلف ثلاث خـالات أب مفترقات وثلاث عمات أم مفترقات ؛ وثلاث خالات أم مفترقـات ؛ فخالات الأم بمنزلة أم الأم ، وخالات الأب بمنزلة أم الأب ، ولو خلف الميت هاتين الجدتين كان المال بينهما نصفين ؛فيكون نصيب كل واحدة منهما بين أخواتها على خمسة ؛ أي : لأنهن يرثنها كذلكفرضاً ورداً ، وتصح من عشرة ، وتسقط عمات الأم؛ لأنهن بمنزلة أبي الأم ، وهوغير وارث ،فلو كان معهن عمات أب كان لخالات الأب والأم السدس بينهما نصفين؛ لما تقدم أنهما بمنزلة الجدتين ، والباقي لعمات الاب ؛ لانهن بمنزلة الجد .

(وخالة أب وأم أبي أم الكل للثانية) لانهـا بمنزلة الأم ، والأولى بمنزلة الجدة .

(والجهات) ؛ أي : جهات ذوي الارحام (ثلاث) :

احداها (أبوة) ويدخل فيهـا فروع الأب من الأجداد والجدات

السواقط ، وبنات الإخوة ، وأولاد الأخوات ، وبنـات الأعمام والعمات ، وبناتهن ، وعمات الأب ، وعمات الجد وإن علا .

(و) الثانية (أمومة) ويدخل فيها فروع الأم من الاخوال والخالات، وأعمام الام وأعمام أبيها وأمها ، وعمات الام وعمات أبيـا وأمها ، واخوال الأم وأخوال أبيها وأمها ، وخالات الأم وخالات أبيها وأمها .

(و) الثالثة (بنوة) ويدخل فيها أولاد البنات ، وأولاد بنات الابن . ووجه الانحصار في الثلاثة أن الواسطة بين الإنسان وسائر أقاربه أبوه وأمه وولده ، لأن طرفه الأعلى أبواه ؛ لأنه ناشيء بينهما ، وطرفه الأسفل أولاده ؛ لأنه مبدؤهم ، ومنه نشأوا ، فكل قريب إنما يدلي بواحد من هؤلاء .

(فتسقط بنت بنت أخ ببنت عمة) لان بنت العمة تدلي بالأب ،وبنت بنت الأخ تدلى بالأخ ، والأب يسقط الإخوة (ويرث مـدل بقرابتين) من ذوي الارحام (بهما) ؛ أي : بقرابتيه ؛ لانه شخص له قرابتان لا يرجح بهما، فورث بهما كالزوج إذا كان ابن عم (كابن بنت بنت هو ابن ابن بنت اخرى ، ومعه بنت بنت بنت أخرى ؛ فللابن الثلثان) جعلا له بمنزلة اثنين (وللبنت الثلث) وتصح من ثلاثة (فإن كانت أمهاواحدة ؛ فلها ثلاثة أرباع المال) لان له نصف ما كان لجدته لأمه ، وهو الربع ، وله جميع ما كان لجدته لأبيه،وهو النصف ؛ ولأخته لأمه نصف ما كان لأمها ، وهو الربع . ومن أمثلة ذلك بنتا أخت لأم إحداهما بنت أخ لأب وبنت أخت لأبوين ، المسألة من اثنى عشر ، لبنت الاخت من أبوين ستة ، ولذات القرابتين أربعة من جهة أبيها وواحدمن جهة أمها ، وللأخرى واحد .

(ولزوج أو زوجة مع ذي رحم فرضه) بالزوجية (بلا حجب) للزوج من النصف إلى الربع ، وبلا حجب للزوجة من الربع إلى الثمن ؛ فلا يحجبان بأحد من ذوي الارحام (ولا عول) لان فرض الزوجين بنص القرآن ،

وإرث ذوي الأرحام غير منصوص عليه ، فلا يعارضه ، ولذلك لا يرث ذو الرحم مع ذي فرض ، وإنما ورث مع الزوجين ؛ لانه لا يرد عليه ، فيأخذ الزوج أو الزوجة فرضه تاماً (والباقي لهم) ؛ أي: ذوي الارحام (كانفرادهم)؛ عن أحد الزوجين(فلبنت بنت وبنت أخت) لا لأم(أو) بنت (أخ لا لأم بعد فرض الزوجية الباقي بالسوية) بينهما كما لو انفردتا ، فإن كان معهما زوج أخذ النصف ، ولكل منهما ربع (وتصح من أربعة) للزوج أثنان ، ولكل منهما واحد ، وإن كان معهما زوجة فلها الربع ، والباقي لهما بالسوية ؛ فتصح من ثمانية . وفي زوج وبنت بنت وخالة وبنت عم ؛ للزوج النصف ، والباقي لذوي الارحام على ستة ؛ فتصح من اثني عشر ؛ للزوج ستة ، ولبنت البنت ثلاثة ، وللخالة سهم ، ولبنت العم سهمان ، وإن كان معهم زوجة فلها الربع ، ويبقى ثلاثة على ستة توافقها بالثلث ، فاضرب اثنين في أربعة تصح من ثمانية .

(و) لن كان (معه) ؛ أي : الزوج (خالة وعمة أو) كان مع الزوج (خالة وبنت عم أو) كان مع الزوج خال و (بنت ابن عم ؛ فللزوج النصف ، والباقي للخالة ثلثه ، وللعمـة أو بنت العم) أو بنت ابن العم (ثلثاه) فمخرج النصف من اثنين ، للزوج واحد يبقى واحد لا ينقسم على ثلاثة ، ويباين ؛ فاضرب الثلاثة في الاثنين (وتصـح من ستة) للزوج ثلاثة ، وللخالة واحد ، وللعمة أو بنت العم أو بنت ابن العم اثنان .

(وإن خلفت زوجاً وابن خال أبيها وبنتي أخيها) لغـير أم (فللزوج النصف ، والباقي كأن التركة بين ذوي الأرحـام ، فابن خال أبيهـا يدلي بعمته — وهي جدة الميتة — فيرث السدس) لو كانت فيأخذه هو ؛ لقيامـه مقامها ، فيكون له السدس (من الباقي) بعد فرض الزوج (ولبنتي أخيهـا باقية) لقيامها مقام الأخ (وهو) أي الباقي (خمسة بينها نصفين) فـلا تنقسم (ف)اضرب اثنين في اثني عشر و (تصح من أربعة وعشرين ، للزوج) نصفهـا

(اثنا عشر ، ولابن خالى أبيها) سدس الباقي (سهمان ،ولكل بنت) من بنتي الأخ (خمسة ولا يعول هنا)؛ أي: باب ذوي الأرحام من أصول المسائل (إلا أصل ستة) فتعول (إلى سبعة) فقط ؛ لأن العول الزائد على ذلك لايكون إلا لأحد الزوجين وليس من ذوي الأرحام (كخـالة وست بنات وست أخوات مفترقات) ؛ أي: بنـتي أختين لأبوين . وبنتي أختين لأب ؛ وبنتي أختين لأم ؛ للخالة السدس ، ولبنتي الأختين لأبوين الثلثـان أربعة ، ولبنتي الأختين لأم الثلث اثنان ، ولا شيء لبنتي الأختين لأبوين (و كأبي أم وبنت أخ لأم وثلاث بنات ثلاث أخوات مفترقات)؛أي: إحداهن لأبوين والأخرى لأب والاخرى لأم (لذات الأبوين النصف ثلاثة ولذات الأب سدس) تكملة الثلثين (و)لذات (الأم سدس ولبنت الأخ لأم سدس ولأبي الأم سدس عائل) ومجموع ذلك سبعة .

(فرع : مـال من لا وارث له) معلوم (لبيت المـال) يحفظه كالمال الضائع ، لأن كل ميت لا يخـلو من بني عم أعلى ؛ إذ الناس كلهم بنو آدم ، فمن كان أسبق الى الاجتماع مع الميت في أب من آبائه فهو عصبة ، لكنه مجهول ، فلم يثبت له حكم ، وجاز صرف ماله في المصالح ، ولذلك لو كان له مولى معتق لورثه في هذا الحال، ولم يلتفت إلى هذا المجهول(وليس) بيت المال (وارثا وإنما يحفظ المال الضائع وغيره) كأموال الفيء (فهو جهة ومصلحة) لأن اشتباه الوارث بغيره لايوجب الحكم بالإرث للكل (وإن قـال بعض الورثة لاحاجة لي بالميراث اقتسمه)؛أي: الميراث (بقية الورثة، ويوقف سهمه) نصاً ، لأن الإرث قهري .

أخبرني رجل من أهل اليمن ورد طالباً للعلم ، وكان من أهل الدين والفضل أن امرأة ولدت باليمن شيئاً كالكرش ، فظن أن لا ولد فيه ، فألقي على قارعة الطريق ، فلما طلعت الشمس وحمي بها تحرك ، فأخذ وشق ، فخرج منه سبعة أولاد ذكور ، وعاشوا جميعاً ، وكانوا خلقاً سوياً ، إلا أنه كان في أعضائهم قصر ؛ قال: وصارعني أحدهم فصرعني ، فكنت أعير به ، فيقال: صرعك سبع رجل . قال الموفق : وقد أخبرني من أثق به سنة ثمان وستمائة ، أو سنة تسع عن ضرير بدمشق أنه قال : ولدت امرأتي في هذه الايام سبعة في بطن واحد ذكوراً وإناثاً ، وكان بدمشق أم ولد لبعض كبرائها ، وتزوجت بعده من كان يقرأ عليّ ، وكانت تلد ثلاثة في كل بطن ، لكنه نادر لا يعوّل عليه ، فلا يجوز منع الميراث من أجله كما لو لم يظهر بالمرأة حمل ، مثاله في الاثنين (كزوجة حامل وأبوين) فالمسألة من أربعة وعشرين وتعول إلى سبعة وعشرين إن كان الحمل اثنين فيوقف منها للحمل ستة عشر ويعطى كل واحد من الأبوين أربعة والزوجة ثلاثة .

(تنبيه): ومتى زادت الفروض على الثلث فميراث الإناث أكثر لأنه يفرض لهن الثلثان ، ويدخل النقص على الكل بالمحاصة ، وإن نقصت كان ميراث الذكرين أكثر ، وإن استوت كأبوين وحمل استوى ميراث الذكرين والانثيين .

(ودفع لمن لا يحجبه) الحمل (إرثه كاملا) كزوجة أو زوجة مع أم حامل (و) دفع (لمن يحجبه) الحمل (حجب نقصان أقل ميراثه) كالام في المثال تعطى السدس ، لاحتمال أن يكون حملها عدداً فيحجبها عن الثلث إلى السدس ، وكذا من مات عن زوجة حامل تعطى الثمن ، لانه اليقين (ولا يدفع لمن يسقطه) الحمل (شيء) من التركة (كزوجة حامل وإخوة أو أخوات) فلا يعطون شيئاً ، لاحتمال كون الحمل ذكراً و يسقط الإخوة والاخوات (فإذا ولد) الحمل (كما فرضنا أخذ الموقوف) كله ؛ لانه ميراثه (وإلا) بأن زاد

(باب ميراث الحمـل)

(ميراث الحمل) بفتح الحاء، ويطلق على ما في بطن كل حبلى، وبكسرها ما يحمل على ظهر أو رأس، والمراد هنا ما في بطن الآدمية من ولد، يقال امرأة حامل وحاملة إذا كانت حبلى، فإذا حملت شيئاً على ظهرها أو رأسها فهي حاملة لا غير، وحمل الشجر: ثمره بالفتح والكسر.

(يرث الحمـل) بلا نزاع في الجملة (ويثبت له الملك بمجرد موت مورثه بشرط خروجه حياً) قال في « القواعد الفقهية » الذي يقتضيه نص أحمد في في الإنفاق على أمه من نصيبه أنه يثبت له الملك بالإرث من حين موت أبيه، وصرح بذلك ابن عقيل وغيره من الاصحاب، ونقل عن أحمـد ما يدل على خلافه، وأنه لا يثبت له الملك إلا بالوضع. قال قبل ذلك: وهذا تحقيق قول من قال: هل الحمل له حكم أم لا ؟

وحيث علمت أنه لا خلاف في إرث الحمل في الجملة (فمن مات عن حمل يرثه) ومع الحمل من يرث أيضاً، ورضي بأن يوقف الأمر إلى الوضع، وقف الأمر إليه، وهو الأولى، لتكون القسمة مرة واحدة (ف)إن (طلب بقية ورثته) أو بعضهم (القسمه) لم يجبروا على الصبر ولم يعطوا كل المال و(وقف له)، أي: الحمل (الاكثر من إرث ذكرين كزوجة حامل وابن) فيدفع للزوجة ثمنها ويوقف للحمل نصيب ذكرين، لأنه أكثر من نصيب انثيين، وتصح من أربعة وعشرين، للزوجة الثمن ثلاثة وللابن سبعة، ويوقف للحمل أربعة عشر، وبعد الوضع لا يخفى الحال (أو اثنين) لأن ولادة التوأمين كثيرة معتادة، فلا يجوز قسم نصيبها كالواحد، وحكي عن الماوردي أنه قال:

ماوقف له عن ميراثه (زد) الباقي لمستحقه (أو) أعوز شيئاً ، بأن وقف له نصيب ذكرين ، فولدت ثلاثة (رجع) على من هو في يده بباقي ميراثه (وربما يفرض) الحمل (أنثى لاغير كزوج وأخت لأبوين وامرأة أب حامل) ففي هذه الصورة لا يرث الحمل إلا إذا فرضناه أنثى ، فيوقف للحمل سهم من سبعة، فإذا ولدته أنثى فأكثر من الإناث أخذته (أو) ربما يفرض الحمل (ذكراً) إذ لايرث إلا بفرضه كذلك (كبنت وعم وامرأة أخ) لغير أم (حامل) فإنه يوقف له مافضل عن إرث البنت ، وهو نصف ، فإن ظهر ذكراً أخذه وأنثى أخذه العم .

(ويرث) الحمل (ويورث) عنه ماملكه بإرث أو وصية (إن استهل صارخاً بعد وضعه كله)، نصاً لحديث أبي هريرة مرفوعاً : « إذا استهل المولود صارخاً ورث» رواه أحمد وأبو داود ، وروى ابن ماجه بإسناده مرفوعاً مثله. قال في القاموس: واستهل الصبي: رفع صوته بالبكاء كأهل، وكذا كل متكلم رفع صوته أو خفض. انتهى. فصارخا حال مؤكدة كقوله تعالى:«فتبسم ضاحكا»(1).

(ويتجه) أن المولود يرث ويورث (ولو) كان استهلاله صارخاً لـ (دون ستة أشهر) سواء كانت أمه فراشاً أو لا ، إذ هي أقل مدة الحمل فحياته دليل أنه كان موجوداً قبل ذلك ، كذا قال. وفي «شرح الإقناع» قلت: فيؤخذ منه ؛ أي: من كلامهم أن المولود لدون ستة أشهر لا يرث بحال للقطع بعدم استقرار حياته ، فهو كالميت انتهى. يؤيد ذلك وجوب الغرة فقط على من جني على حامل ، فألقت جنينها لدون ستة اشهر، ولو استهل صارخاً لعدم الاعتبار بتلك الحياة (2) (أو عطس) بفتح الطاء في الماضي وضمها في المضارع

---

(١) سورة النمل، الآية : ١٩

(٢) أقول : قال الخلوتي : لم يقدروا له مدة ، فظاهر الاطلاق أنه لافرق بين أن يكون لستة أشهر أو أقل أو أكثر، وظاهر وجوب الغرة فقط على من جنى على حامل، =

(أو تنفس وطال زمن التنفس ، أو ارتضع ، أو وجد منه مايدل على حياة كحركة طويلة) نحو ذلك كـ (سعال) لان هذه الاشياء دالة على الحياة المستقرة ، فيثبت له أحكام الحي كالمستهل (لا) بحركة (يسيرة أو اختلاج أو تنفس يسير) لانها لا تدل على حياة مستقرة ولو علمت الحياة إذن لانه لايعلم استقرارها ؛ لإحتمال كونها كحركة المذبوح ، فإن الحيوان يتحرك بعد ذبحه شديداً وهو كميت .

(وإن ظهر بعضه)؛أي : الجنين (فاستهل)؛أي: صوت (ثم انفصل ميتاً فكما لو لم يستهل)؛أي:كما لو خرج ميتاً فلا يرث .

(وإن اختلف ميراث توأمين) بالذكورة والانوثة وكانا من غير ولد الام (واستهل أحدهما) دون الآخر (وأشكل) المستهل منهما ، فجهلت عينه (أخرج) أي عيّن (بقرعه) كما لو طلق واحدة من نسائه ، ولم تعلم عينها بعد موته .

(ولو مات كافر بدارنا عن حمل منه لم يرثه للحكم بإسلامه قبل وضعه) على الصحيح من المذهب ، نص عليه ، ونصره في « القواعد الفقهية » (وكذا) لو كان الحمل (من كافر غيره) أي الميت (كأن يخلف) كافر (أمه) الكافرة (حاملاً من غير أبيه فتسلم) الام أو أبو الحمل (قبل وضعه) أي الحمل ، فيتبعها حملها ، ولا يرث للحكم بإسلامه قبل الوضع .

= فألقت جنيناً لدون ستة أشهر ، ولو استهل صارخاً ؛ لعدم الاعتبار بتلك الحياة أنه لابد أن يكون لستة أشهر فأكثر . انتهى . قلت : ونقل الجراعي هذه العبارة ، وذكر عبارة البهوتي ، ثم قال بعده ؛ وهو مخالف لظاهر إطلاقهم . انتهى . ولم أر من صرح بالاتجاه، والظاهر أنه جرى على إطلاقهم أو ترجح عنده هذا لشيء آخر لم يذكره، أو لفرق بين مسألة الغرة وبين ما هنا ، فتأمل ذلك . ثم رأيت في شرح عمدة الرائض في الفرائض لشيخ شيخنا احمد البعلي، جزم بكونه لابد من ستة اشهر فأكثر ، كما قرره في شرح « الاقناع » . انتهى .

(ويتجه أو يموت أبوه)؛ أي: الحمل قبل وضعه،فتسلم أمه فلا يرث الحمل أخاه لأمه الكافر ، للحكم بإسلامه وهو متجه[1] .

(ويرث صغير حكم بإسلامه بموت أحدأبويه) بدارنا (منه)؛ أي : من الميت الذي حكم بإسلام الصغير بموته ؛ لأن المنع من الإرث المرتب على اختلاف الدين مسبوق بحصول الإرث مع الحكم بالإسلام عقب الموت .

(ومن خلف أماً مزوجة) بغير أبيه (و)خلف (ورثة لاتحجب ولدها) ؛ أي : الام؛ بأن لم يخلف ولداً ولا ولد ابن ولا أباً ولا جدا (لم توطأ) الأم (قيل) ؛ أي : قال في « المغنى » (لاينبغي) أن توطأ حتى تستبرأ (وقيل يحرم) وطؤها (حتى تستبرأ ليعلم أحامل) هي حين موت ولدها فيرث منه حملها (أولا) قال أحمد : يكف عن امرأته وإن لم يكف ، فجاءت به بعد ستة أشهر ، فلا أدرى أهو أخوه أولا . انتهى. وإليه الإشارة بقوله : (فإن وطئت) المزوجة (ولم تستبرأ فأتت به) ؛ أي : الولد (بعد نصف سنة من وطىء) زوجها (لم يرثه كما لو لم يطأها وأتت به) ؛ أي : الولد (لفوق أربع سنين) إناطة للحكم بسببه الظاهر ، وقال في رواية ابن منصور : في رجل تزوج امرأة لها ابن من غيره فيموت ، أنها جاءت بولد دون ستة أشهر من يوم مات ابنها ، ورثناه؛ وإن جاءت بالولد بعد ستة أشهر ؛ لم نورثه إلا ببينة ، ويكف عن امرأته اذا مات ولدها، فإن لم يكف ،فجاءت بولد لأكثر من ستة أشهر؛ فلا أدري أهو أخوه أم لا . قال ابن رجب : وظاهر هذا أنه إن كف عن الوطء ورث الولد وإن لم يكف ، فإن جاءت بالولد بعد الوطء لدون ستة أشهر ورث أيضاً ، وكان كمن لم يطأ ، وإن جاءت به لستة أشهر فصاعدا ،

---

[1] (١) أقول: ذكره الجراعي ، وأقره ، ولم أر من صرح به ، وهو ظاهر كالصريح في كلامهم ، وقول شيخنا فتسلم أمه لا حاجة اليه ؛ لأنه بمجرد موت أبيه يحكم باسلامه ؛ فلا يرث سواء أسلمت أمه أم لا ، فتأمله . انتهى .

فظاهر كلام أحمد الذي ذكرناه أنه لايرث ، وبه جزم القاضي في « المجرد » إلا أن تقر الورثة أنها كانت حاملا يوم موت ولدها انتهى . وكذا حرة تحت عبد وطئها ، وله أخ ، فمات أخوه الحر ؛ فيمنع أخوه من وطىء زوجته حتى يتبين أهي حامل أم لا ؛ ليرث الحمل من عمه .

(و) المرأة (القائلة إن ألد ذكرا لم يرث ، ولم أرث وإلا) ألد ذكراً ، بل ولدت أنثى (ورثني ، هي أمة حامل من زوج حر ، قال) لها (سيدها : إن كان حملك أنثى فأنت وهو حران) فإن ولدت ذكراً لم تعتق ولم يعتق ،وإن ولدت أنثى تبينا أنها عتقامن حين التعليق الواقع قبل موت الزوج والد الحمل ؛ فيرثان منه .

(ومن خلفت زوجاً وأماً وأخوة لأم) اثنين فأكثر (وامرأة أب حامل فهي)؛أي: امرأة الأب (القائلة ان ألد أنثى ورثت لا) ان كان الحمل (ذكراً) لأنها إن ولدت أنثى واحدة أعيل لها بالنصف ، فتعول المسألة الى تسعة ، وإن ولدت اثنين أعيل لهما بالثلثين ، وتعول الى عشرة ، وتقدمت . وإن ولدت ذكراً فأكثر أو مع أنثى فأكثر لم يرثوا ؛ لأنهم عصبة ، وقد استغرقت الفروض التركة ، وكذا الحكم لو كانت أمها هي القائلة على المذهب من أن عصبة الأشقاء لا ترث في المشركة (وعكسه) بعكسه ؛ أي : إن كان الحمل أنثى فلا ترث،وان كان ذكراً فإنه يرث. مثاله مات ميت عن بنتين و(امرأة أخ)حامل (أو) امرأة (ابن) حامل من ابن عمها (مع بنتين) للميت ، فهذه المرأة هي القائلة إن ألد ذكراً ورثنا لا أنثى ؛ إذ بنت الابن محجوبة بالبنتين ؛ لأنهما يحوزان التركة فرضاً ورداً ، وبنت الأخ من ذوي الارحام، بخلاف ما لو ولدت امرأة الاخ ذكرا ؛ فإنه يأخذ ما أبقت الفروض ، وإن ولدت امرأة الإبن ذكراً فإنه يعصبها ، ويأخذان ما أبقت الفروض كذلك ، وعند اجتماعهما يقدم ابن الابن على ابن الأخ .

﴿ باب ميراث المفقود ﴾

(ميراث المفقود) من فقدت الشيء أفقده فقداً وفقداناً ـ بكسر الفاء وضمها ـ والفقدان تطلب الشيء فلا تجده، والمراد به هنا من لا تعلم له حياة ولا موت ؛ لانقطاع خبره ؛ وهو قسمان :

الأول : (من انقطع خبره) ولو كان عبداً (لغيبة ظاهرها السلامة) أي: بقاء حياته (كأسر) فإن الأسير معلوم من حاله أنه غير متمكن من المجيء الى أهله (وتجارة) فإن التاجر قد يشتغل بتجارته عن العود الى أهله (وسياحة) فإن السائح قد يختار المقام ببعض البلاد النائية عن بلده (و) الذي يغلب على الظن في هذه الأحوال ونحوها كـ (طلب علم) السلامة (انتظر به تتمة تسعين سنة منذ ولد) لأن الغالب أنه لا يعيش أكثر من هذا ، وهذا المذهب نص عليه ، وصححه في المذهب وغيره ، وجزم به في « الخلاصة » و «الوجيز» وقدمه في «المحرر» و «الرعايتين» و « الحاوي الصغير» و « الفائق» ، وهو من مفردات المذهب (فإن فقد ابن تسعين اجتهد الحاكم) في تقدير مدة انتظاره .

القسم الثاني : من انقطع خبره لغيبة ظاهرها الهلاك ، وقد ذكرها بقوله: (وان كان الظاهر من فقده الهلاك كمن يفقد من بين أهله أو) يفقد (في) مفازة (مهلكة) قال في «المبدع» مهلكة ـ بفتح الميم واللام ويجوز كسرهما حكاهما أبو السعادات ويجوز ضم الميم مع كسر اللام ـ اسم فاعل من أهلكت فهي مهلكة ، وهي أرض يكثر فيها الهلاك. انتهى. وتسميتها مفازة تفاؤلاً (كدروب الحجاز أو) كالذي فقد (بين الصفين حال الحرب أو) كالذي (غرقت سفينة ، ونجا قوم ، وغرق قوم) أو يفقد من بين أهله كمن يخرج الى الصلاة، أو يخرج

الي حاجة قريبة فلا يعود (انتظر به تتمة أربع سنين منذ فقد) لأنها مدة يتكرر فيها تردد المسافرين والتجار ، فانقطاع خبره عن أهله مع غيبته علي هذا الوجه يغلب ظن الهلاك ؛ إذ لو كان باقياً لم ينقطع خبره الي هذه الغاية ؛ فلذلك حكم بموته في الظاهر (ثم يقسم ماله بين) ورثته (الأحياء حينئذ) ؛ أي : بعد التسعين في القسم الأول ، أو الأربع في القسم الثاني ، وتعتد امرأته عدة الوفاة ، وتحل للأزواج ؛ لاتفاق الصحابة على ذلك ؛ ويأتي في العدد .

(ويزكى) مال المفقود (قبله) ؛ أي : قبل قسمه (لما مضى) نصاً ؛ لأن الزكاة حق واجب في المال ، فيلزم أداؤه ، ولا يرثه الا الأحياء من ورثته وقت الحكم بموته ؛ لأن من شروط الإرث تحقق حياة الوارث عند موت المورث ، وهذا الوقت بمنزلة وقت موته .

(وإن قدم) المفقود (بعد قسم) ماله (أخذ ما وجده) من المال (بعينه) بيد الوارث أو غيره ؛ لأنه قد تبين عدم انتقال ملكه عنه (ورجع على من أخذ الباقي) بعد الموجود بمثل مثلي وقيمة متقوّم ؛ لتعذر رده بعينه ، وإن حصل لأسير من وقف شيء تسلمه وحفظه وكيله ومن ينتقل اليه بعده جميعاً . ذكره الشيخ تقي الدين .

(فإن مات مورثه) ؛ أي : من يرثه المفقود (زمن التربص) وهي المدة التي قلنا ينتظر به فيها (أخذ) من تركة الميت (كل وارث) غير المفقود (اليقين) وهو ما لا يمكن أن ينقص عنه مع حياة المفقود أو موته (ووقف الباقي) حتى يتبين أمر المفقود أو تنقضي مدة الانتظار ؛ لأنه مال لا يعلم الآن مستحقه ؛ أشبه الذي ينقص نصيبه بالحمل (فاعمل مسألة حياته ثم) اعمل مسألة (موته) ؛ أي : المفقود ، وانظر بينهما بالنسب الأربع (ثم اضرب إحداهما) في الأخرى إن تباينتا (أو) اضرب (وفقها) ؛ أي : وفق إحداهما (في الأخرى) ان توافقتا (واجتزىء بإحداهما) بلا ضرب (إن تماثلتا ، و) اجتزىء (بأكبرهما) ؛ أي :

المسألتين عدداً (إن تناسبتا) ليحصل أقل عدد ينقسم على كل من المسألتين (ويأخذ وارث منها) ؛ أي : المسألتين (لا ساقط في إحداهما اليقين) لأن ما زاد عليه مشكوك فيه ، ومن أمثلة ذلك لو مات أبو المفقود ، وخلف ابنه المفقود وزوجة وأماً وأخاً ، فالمسألة على تقدير الحياة من أربعة وعشرين ، للزوجة ثلاثة ، وللأم أربعة ، وللابن المفقود سبعة عشر ، ولا شيء للأخ . وعلى تقدير موته من اثني عشر ، للزوجة ثلاثة ، وللأم أربعة ، وللأخ خمسة ، والمسألتان متناسبتان ، فتجتزىء بأكثرهما ، وهي أربعة وعشرون ، للزوجة منهـا على تقدير الحياة ثلاثة وهي الثمن من أربعة وعشرين ، وعلى تقدير الموت لها ثلاثة من اثني عشر وهي الربع مضروبة في مخرج النسبة بين المسألتين وهي اثنان ؛ لأن نسبة الاثني عشر الى الأربعة والعشرين نصف ، ومخرج النصف اثنان ، والحاصل من ضرب ثلاثة في اثنين بستة ؛ فتعطيها الثلاثة ؛ لأنها أقل ، وللأم على تقدير الحياة أربعة من أربعة وعشرين ، وهي السدس ، وعلى تقدير الموت أربعة من أثني عشر في اثنين بثمانية ، فتعطيها الأربعة ، وللأخ من مسألة الموت وحدها خمسة في اثنين بعشرة ، ولا شيء من مسألة الحياة ، فلا تعطه شيئاً ، وتقف السبعة عشر .

(فإن قدم) المفقود (أخذ نصيبه) وهو السبعة عشر الموقوفة في المثال ؛ لأنه قد تبين أنها له (وإلا) يقدم ، ولم تعلم حياته حين موت مورثه ولا موته إذ ذاك (فحكمه) ؛ أي: نصيبه الذي وقف له (كبقية ماله) ؛ أي: الذي لم يخلفه مورثه (فيقضى منه دينه في مدة تربصه) وينفق منه على من تلزمه نفقته ؛ لأنه إنما يحكم بموته عند انقضاء زمن انتظاره . صححه في «الإنصاف» و «المحرر» و «النظم» وقطع به في «الكافي» و «الوجيز» و «شرح ابن منجا» و «المنتهى» وفي «الإقناع» يرد الموقوف لورثة الميت الأول ، وكان على المصنف أن يقول خلافاً له (ولباقي الورثة) ؛ أي: ورثة من يرث منه المفقود (الصلح على ما زاد على نصيبه) ؛ أي : المفقود (فيقتسمونه) حسب اتفاقهم ؛ لأن الحق فيه لا يعدوهم

(كأخ مفقود في الأكدرية ، فتكون ماتت عن زوج وأم وجد وأخت وأخيها المفقود ؛ فمسألة الحياة من ثمانية عشر) للزوج تسعة ، وللأم ثلاثة ، وللجد ثلاثة، وللأخت واحد ، وللمفقود اثنان (و) مسألة (الموت من سبعة وعشرين) للزوجة تسعة ، وللأم ستة وللجد ثمانية ، وللأخت أربعة (والجامعة) الحاصلة من ضرب تسع إحداهما في الاخرى (أربعـة وخمسون) ومنها تصح (للموافقة بالاتساع فللزوج) منها (ثمانية عشر) لأنه اليقين (وللأم) سدس المال وهو (تسعة) لأنه أقل ما ترثه من المسألتين (وللجد من مسألة الحيـاة تسعة) وهي سدس الأربعة والخمسين ؛ لأنه أقل ما يرثه في الحالين (وللأخت منها) ؛أي: مسألة الحياة (ثلاثة) لأن لها من ثمانية عشر واحد في ثلاثة وفق السبعة والعشرين (وللمفقود ستة) مثلا أخته (يبقى) من الأربعة وخمسين (تسعة) زائدة عن نصيب المفقود بين الورثة، لا حق له فيها؛ فلهم أن يصطلحوا عليها ؛ لأنها لا تخرج عنهم (ولهم) ؛أي:الورثة غير المفقود (الصلح على كل الموقوف إن حجب) المفقود (أحداً) منهم (ولم يرث ك) ما لو مات الميت عن (أم وجد و) أخت (شقيقة وأخت لأب فقدت فـ)على تقدير (الحيـاة) للأم السدس ، والباقي بين الجد والأختين على أربعة ، وتصح (من أربعة وعشرين) للأم السدس أربعـة ، وللجد عشرة ، ولكل واحدة من الأختين خمسة ، ثم تأخذ الأخت الشقيقة ما سمي لأختها ، فيصير معها عشرة ؛ لما تقدم في مسائل المعادة (و) على تقدير (الموت) للأم الثلث ، ويبقى الثلثان بين الجد والأخت على ثلاثة ، وتصح (من تسعة) للأم ثلاثة ، وللجد أربعـة ، وللأخت سهمان (والجامعة اثنان وسبعون للموافقة بالأثلاث) فإذا ضرب ثلث إحداهما في الأخرى وجدته كذلك (للأم اثنا عشر) سهما (وللشقيقة ستة عشر) سهما (وللجد ثلاثون) سهما (يبقى أربعـــة عشر موقوفة بينهم) ؛أي: الورثة (لا حق للمفقودة فيها) فلهم الصلح عليها (وكذا لو كان) المفقود (أخاً لأب عصب أخته) التي لأب فقط (مع زوج و) أخت (شقيقة فـ) مسألة (الحياة من

اثنين) للزوج واحد ، وللشقيقة واحد (و) مسألة (الموت من سبعة بالعول) للزوج ثلاثة ، وللشقيقة ثلاثة ، وللأخت لأب واحد (والجامعة أربعـة عشر للتباين) ؛أي: فإذا ضربت اثنين في سبعة وجدته كذلك (للزوج ستة وللشقيقة) مثله(ستة، ويوقف اثنان)لا حق للمفقود فيها (وإن بان المفقود ميتاً؛ ولم يتحقق أنه) ؛أي: موته (قبل موت مورثه ؛ فالموقوف لورثة الميت الأول) للشك في حياة المفقود حين موت مورثه، فلا يرث منه، فإن تحقق أنه كان حياً حين موت مورثه ؛ أخذ حقه ، ودفع الباقي لمستحقه .

(ومفقودان فأكثر كخناثى في تنزيل، فزوج وأبوان وبنتان فقدتا ؛ فمسألة حياتهما من خمسة عشر) لأن أصلها من اثني عشر ، وتعول الى خمسة عشر ، للزوج الربع ثلاثة، وللأبوين الثلث أربعة ، وللبنتين الثلثان ثمانية (و) مسألة (موتهما من ستة) للزوج النصف ثلاثة ، وللأب اثنان ، وللأم واحد (و) مسألة (موت إحداهما من) اثني عشر، وتعول الى (ثلاثة عشر) للزوج الربع ثلاثة ، وللأبوين الثلث أربعة ، وللبنت النصف ستة(فتضرب ثلث الستة) اثنين (في خمسة عشر) تكن ثلاثين (ثم) تضرب الثلاثين (في ثلاثة عشر تكن ثلاثمائة وتسعين) ومنهـا تصح (ثم تعطي الزوج والأبوين حقوقهم من مسألة الحياة مضروبة في اثنين ثم) مضروبة (في ثلاثة عشر) وبيان ذلك أن للزوج ثلاثة في اثنين بستة، ثم هي في ثلاثة عشر تبلغ ثمانية وسبعين ، وللأبوين أربعة في اثنين بثمانية ، ثم هي في ثلاثة عشر تبلغ مائة وأربعة (وتقف الباقي) وهو مائتان وثمانية للمفقودتين. قال في «المغني» و «الشرح» (فإن كان المفقود ثلاثة ؛ عملت لهم أربع مسائل، أو) كان المفقود (أربعة فـ)اعمل لهم (خمس مسائل ، وهلم جرا) . انتهى. (ومن أشكل نسبه) من عدد محصور ورجي انكشافه (فكمفقود) اذا مات أحد الواطئين لأمه بشبهة في طهر واحد ؛ وقف للحمل نصيبه منه على تقدير إلحاقه

به ، فإن لم يرج انكشافه بأن لم ينحصر الواطئون ، أو عرض على القافـــة ، فأشكل عليهم ونحوه ؛ لم يوقف له شيء .

(ومن قال : عن ابني أمتيه) اللتين لا زوج لهما ، ولم يقر بوطئهما ، وكذا لو كانا من أمة واحدة ، وليسا توأمين (أحدهما ابني) وأمكن كونهما منه (ثبت نسب أحدهما) منه مؤاخذة له بإقراره (فيعينه) ؛أي: فيأمر بتعيينه ؛ لأن في تركه تضييعاً لنسبه ، وإن كانا توأمين ثبت نسبهما (فإن مات) قبل تعيينه (فوارثه) يعينه ؛ لقيامه مقامه (فإن تعذر) الوارث أو كان لا يعلمـه (أرى القافة) كل منهما فمن ألحقته به تعين (فإن تعذر) أن يرى القافة بأن مات أيضاً، أو لم توجد ، أو أشكل عليها (عتق أحدهما إن كانا رقيقيه بقرعة) كما لو قال : أحدهما حر، ثم مات قبل أن يعينه (ولا يقرع في نسب) قال أحمد في رواية علي ابن سعيد في حـديث عليّ في ثلاثة وقعوا على امرأة ، فأقرع بينهم قال : لا أعرفه صحيحاً ، وأوهنه .وقال في حديث عمر في القافة : أعجب اليّ ، يعني من هذا الحديث .

(ولا يرث) من عتق بقرعة من الاثنين اللذين قال الميت : أحدهما ابني،ولم يعينه ولا وارثه ، ولم تلحقه القافة به ؛ لأنه لم يتحقق شرط الإرث ، ولا يلزم من دخول القرعة في العتق دخولها في النسب (ولا يوقف له) شيء ؛ لأنه لا يرجى انكشاف حاله ؛ لتعذر الأسباب المزيلة لإشكاله (ويصرف نصيبه لبيت المال) ذكره في «المنتخب» عن القاضي ؛ لأنه لا حق للورثة المعلومين فيـه ؛ لإقرار مورثهم بأن لهم مشاركاً بنصيب ابن، ولما تعذر الوقوف على عينه أخذ نصيبه لبيت المال ؛ لأنـــه مال من لم يعلم مالكه ؛ أشبه المخـلف عن ميت لم يعلم له وارث .

باب ميراث الخنثى المشكل

الخنث : من خنث الطعام اذا اشتبه ، فلم يخلص طعمه (وهو من له شكل ذكر رجل و) شكل (فرج امرأة ، أو) له (ثقب مكان الفرج يخرج منه البول) وكذا من لا آلة له على ما يأتي آخر الباب ، ولا يكون أباً ولا أماً ولا جداً ولا زوجاً ولا زوجة (ويعتبر أمره) في توريثه مع إشكال كونه ذكراً أو أنثى (ببوله) من أحدهما ، فإن بال منها (فبسبقه) ؛أي: البول(من أحدهما) قال ابن اللبان : روى الكلبي عن أبي صالح عن ابن عباس : « أن النبي صلى الله عليه وسلم سئل عن مولود، له قبل وذكر ،من أين يورث؟ قال: من حيث يبول» . وروي : « أنه عليه الصلاة والسلام ، أتي بخنثى من الأنصار ، فقال : ورثوه من أول ما يبول منه» . ولأن خروج البول من أعم العلامات؛ لخروجه من الصغير والكبير ، وسائر العلامات إنما توجد بعد الكبر (وإن خرج) البول (منها)؛أي: من شكل الذكر وشكل الفرج (معاً) فلم يسبق أحدهما الآخر (اعتبر أكثرهما) خروجاً. قال ابن حمدان : قدراً وعدداً ؛ لأن له تأثيرا. انتهى ؛ لأن الكثرة مزية لإحدى العلامتين ، فيتعبر بها كالسبق (فإن استويا) في قدر ما يخرج من كل واحد منها من البول (ف)هو (مشكل) من أشكل الأمر :التبس ؛ لعدم تميزه بشيء مما تقدم . حكي عن علي والحسن أن أضلاعه تعد ، فإن كانت ستة عشر فهو ذكر ، وإن كانت سبعة عشر فهو أنثى . قال ابن اللبان : ولو صح هذا لما أشكل حاله ، ولما احتيج الى مراعاة المبال (فإن رجي كشفه) ؛أي: أشكاله (لصغره) ؛أي: الخنثى (أعطي) هو (ومن معه) من الورثة (اليقين) من التركة ، وهو ما يرثه على كل تقدير ، ومن

سقط بالخنثى في إحدى الحالتين لم يعط شيئاً ، كولد خنثى مع أخ لغير أم ، يعطى الخنثى النصف ؛ لاحتمال أنوثيته ، ولا يعطى الأخ شيئاً ؛ لاحتمال ذكورة الولد (ووقف الباقي) من التركة (لتظهر ذكورته بنبات لحيته ، أو إمناء من ذكر ، أو) لتظهر (أنوثته بحيض أو تفلك ثدي)؛أي: استدارته (أو سقوطه)؛ أي : الثدي. نص عليها (أو إمناء من فرج) فإن ظهرت فيه علامات الرجال؛ فهو رجل. وإن ظهرت فيه علامات النساء ؛ فهو امرأة ؛ عملًا بالعلامة ، وليس بمشكل فيها ، إنما هو رجل فيه خلقة زائدة في الأولى ، أو امرأة فيها خلقة زائدة في الثانية ، وحكم المتضح في الإرث والنكاح ونقض الوضوء وإيجاب الغسل والعورة وغيرها حكم من ظهرت علاماته فيه من رجل أو امرأة ، والذي لا علامة فيه على ذكورية أو أنوثية مشكل؛ لالتباس أمره .

(فإن مات) الخنثى قبل بلوغ (أو بلغ بلا إمارة) ؛ أي : علامة تظهر بها ذكوريته أو أنوثيته (أخذ نصف إرثه)الذي يرثه (بكونه ذكراً فقط كولد أخي الميت أو عمه) ؛ أي : الميت (كزوج وبنت وولد أخ خنثى) صفة لولد (تصح) المسألة (من ثمانية) لأن مسألة الذكورية من أربعة، ومسألة الأنوثية من أربعة أيضاً ، للزوج الربع واحد ، والباقي للبنت فرضا وردا ، والأربعة والأربعة متماثلان ، فتكتفي بأحداهما ، وتضربها في اثنين عدد حالتي الخنثى يحصل ماذكر (للزوج سهمان، وللبنت خمسة،وللخنثى سهم، أو) ورث الخنثى بكونه (أنثى فقط) فله ميراث نصف أنثى فقط (كزوج و) وأخت (شقيقة وولد أب خنثى) مسألة الذكورية من اثنين ، ومسألة الأنوثية من سبعة بالعول ، وهما متباينان ، وحاصل ضرب اثنين في سبعة أربعة عشر ، تضربها في الحالين (وتصح من ثمانية وعشرين للخنثى سهمان) لأن له من السبعة واحداً في اثنين باثنين ، ولا شيء له من الاثنين (ولكل واحد من الآخرين ثلاثة عشر) لأن لكل واحد منها واحداً من اثنين في سبعة بسبعة ، وثلاثة

من سبعة في اثنـــين بستة ، ومجموعها ماذكر (وإن ورث بها) ؛ أي : بالذكورة والأنوثة (متساوياً كولد أم ، فله السدس مطلقاً) ؛ أي : بكل حال (أو) ورث بها الخنثى وهو (معتق فعصبتـه مطلقا) لأنه إما ذكر أو أنثى ، والمعتق لايختلف ارثه من عتيقه باعتبـار ذلك (وإن ورث) الخنثى (بها) ؛ أي : بالذكورة والأنوثة (متفاضـلا عملت المسئلة على أنه) ؛ أي : الخنثى (ذكر ثم) عملتها (على أنه أنثى) ويسمى هذا المذهب مذهب المنزلين ، وهو اختيار الأصحاب (ثم تضرب احداهما) : أي : المسألتـين في الأخرى إن تباينتا (أو) تضرب (وفقهـا) ؛ أي : وفق إحدى المسألتـــين (في (في الأخرى) إن توافقتا (وتجتزىء بإحداهما) ؛ أي : المسألتين (إن تماثلتا أو) تجتزىء (بأكثرهما إن تناسبتا وتضربها) ؛ أي : الجامعة للمسألتين وهو حاصل ضرب إحدى المسألتين في الأخرى في التباين ، أو في وفقها عند التوافق وأحد المتماثلين واكثر المتناسبين (في اثنين) عدد حالي الخنثى (ثم من له شيء من إحدي المسألتين اضربه في الأخرى في التباين و)صورة (في التوافق وتجمع ماله) ؛أي : من له شيء (منهما)؛أي:المسألتين (إن تماثلتا أو) ؛ أي: وإن تناسبت المسألتان (فمن له شيء من أقل العددين) فهو (مضروب في) مخرج (نسبة أقل المسألتين إلى الأخري) فتنظر نسبة الصغرى للكبري إن كانت ثلث الكبري أو نصفها ونحوها ، وتضرب ماله من الصغري في مخرج هذا الكسر إن كان ثلثـــا تضربه في ثلاثة أو ربعا في أربعة ، وهكذا ، ثم تجمع حاصل الضرب مع ماله من الكبري بلا ضرب ، وتضعفه ، هكذا تفعل في نصيب كل وارث (ثم يضاف) حاصل الضرب (الى ماله من أكثرهما إن تناسبتا) فما اجتمع فله (فإذا كان ابن وبنت وولد خنثى) مشكل ، وعملت بهذا الطريق (مسألة ذكورته من خمسة) عدد رؤوس الابنين والبنت (و) مسألة (أنوثته من أربعة) عدد رؤوس الابن والبنتين ، والخمسة والأربعة متباينتان (فاضرب

إحداهما في الأخرى للتباين؛ تكن عشرين ثم) اضرب العشرين (في الحالين)؛ أي : في اثنين عدد حال الذكورة وحالة الأنوثة (تكن أربعين) ومنها تصح (للبنت سهم من أربعة في (خمسة) بخمسة (ولها سهم من خمسة في أربعة) بأربعة فأعطها (تسعة وللذكر سهمان) من أربعة (في خمسة) بعشرة (و) له (سهمان) من خمسة (في أربعة) بثمانية يجتمع له (ثمانية عشر)أعطه إياها (وللخنثى) من مسألة الأنوثة (سهم في خمسة) وهي مسألة الذكورية (و) له (سهمان) من خمسة (في أربعة) بثمانية يجتمع له (ثلاثة عشر) واجمع السهام تجدها أربعين ، هذا مثال التباين (و) مثال التوافق (زوج وأم وولد أب (خنثى) مشكل (مساله ذكورته من ستة للزوج ثلاثة ؛ وللأم اثنان ، ولولد الأب الباقي (و) مسألة أنوثته من) ستة وتعول إلى (ثمانية) للزوج ثلاثة وللأم سهمان، وللخنثى ثلاثة وبين المسألتين موافقة بالأنصاف (فاضرب ستة في أربعة للتوافق ؛ تكن أربعة وعشرين ثم) اضربها (في حالين) ؛ أي : اثنين (تكن ثمانية وأربعين) ثم اقسمها على ماتقدم ، للزوج من الستة ثلاثة في أربعة ، وله من الثمانية ثلاثة في ثلاثة ؛ فله أحد وعشرون ، وللأم اثنان من ستة في أربعة واثنان من ثمانية في ثلاثة أربعة عشر (و) مثال التماثل (زوجة وولد خنثي وعم ، مسألة ذكورته من ثمانية) للزوجة واحد ، وللخنثى الباقي سبعة ولا شيء للعم (وكذا مسألة أنوثته) من ثمانية للزوجة واحد ، وللخنثى أربعة ، وللعم الباقي ثلاثة (فاجتزىء بأحدهما للتماثل ، واضربها في حالين تكن ستة عشر) للزوجة اثنان ، وللخنثى أحد عشر ، وللعم ثلاثة (و) مثال التناسب (أم وبنت وولد خنثى وعم ،مسألة ذكورته من ستة) مخرج السدس ، للأم واحد ، وللبنت والخنثى مابقي على ثلاثة لاينقسم ولا يوافق ، فاضرب ثلاثة في ستة (وتصح من ثمانية عشر) للأم ثلاثة وللبنت خمسة ، وللخنثى عشرة (ومسألة أنوثته من ستة وتصح منها) للأم واحد ، وللبنت اثنان ،

وللخنثى اثنان ، ويبقى للعم واحد ، والستة داخلة في الثمانية عشر (فاجتزىء بالثمانية عشر للتناسب ، واضربهـــا في حالين تكن ستة وثلاثين) ثم اقسمها للأم من مسألة الذكورية ثلاثة ومن مسألة الانوثيـــة واحد مضروب في ثلاثة ، وهي مخرج الثلث ؛ لأن نسبة الستة الى الثمانية عشر ثلث ، فلها ستة وللبنت من مسألة الذكوارية خمسة ومن مسألة الأنوثية اثنان في ثلاثة بستة فلها أحد عشر ، وللخنثى من مسألة الذكورية عشرة من الأنوثية اثنان في ثلاثة بستة ، فله ستة عشر ، وللعم من مسألة الأنوثية واحد في ثلاثة بثلاثة .

(وان كانا خنثيين فأكثر ؛ نزلتهم بعدد أحوالهم ، فتجعل للاثنين أربعة أحوال ، وللثلاثة ثمانية) أحوال (وللأربعة ستة عشر) حالا (وللخمسة اثنين وثلاثين) حالا (وكلما زادوا واحداً تضاعف عدد أحوالهم) واجعل لكل حال مسألة ، وانظر بينها ، وحصل أقل عدد ينقسم عليها كما تقدم في الانكسار على فرق (فما بلغ من ضرب المسائل) بعضها في بعض مع اعتبار الموافقة والتناسب والتماثل إن كان (اضربه في عدد أحوالهم ، واجمع ماحصل لهم في الأحوال كلها مما صحت من قبل الضرب في عدد الأحوال ، هذا إن كانوا من جهة واحدة ، كابن و) ولدين (خنثيين) فلها أربعة أحوال حال ذكورية وهي من ثلاثة ، وحال أنوثيـــة من أربعـــة ، وحال ذكرين وأنثى ، وحـــال ذكرين وأنثى أيضـــاً من خمسة خمسة ، فتضرب ثلاثة في أربعة ، والحاصل في خمسة تبلغ ستين ، وتسقطا لخمسة الثانية ؛ للتماثل، ثم اضرب الستين في عدد الأحوال أربعـــة تبلغ مائتين وأربعين ، للابن في الذكورية ثلث الستين عشرون، وفي مسألة الأنوثية نصفها ثلاثون، وفي مسألتي ذكرين وأنثى خمسان ،أربعة وعشرون[وأربعة وعشرون]يجتمع له ثمانية وتسعون وللخنثيين في مسألة الذكورية الثلثان أربعون ، وفي الأنوثة نصفهـا ثلاثون ،في مسألة ذكرين وأنثى ثلاثة أخمـــاس ، وثلاثة أخماس ستة وثلاثون وستة وثلاثون ، فمجموع مالهما مائة واثنان وأربعون ، لكل خنثى أحد وسبعون .

(وان كانوا)؛أي:الخناثى (من جهات)؛أي:من جهتين فأكثر (كولد خنثى وولد أخ خنثى وعم خنثى ،جمعت ما لكل واحد) من الورثة (في الأحوال وقسمته على عددها)؛أي:الأحوال كلها (فما خرج) بالقسم (ف)هو (نصيبه) ففي المثال إن كان الولد وولد الأخ ذكرين ؛ فالمال للولد . وإن كانا انثيين ؛ فللولد النصف ، والباقي للعم . وإن كان الولد ذكراً وولد الأخ أنثى ؛فالمال للولد. وإن كان ولد الأخ ذكراً والولد أنثى ، كان للولد النصف ، والباقي لولد الأخ ؛ فالمسألة في حالين من واحد ، وفي حالين من اثنين ، فتكتفي باثنين ، وتضربها في عدد الأحوال أربعة تبلغ ثمانية، ومنها تصح، للولد المال كله ، وهو ثمانية في حالين، والنصف وهو أربعة في حالين ، ومجموع ذلك أربعة وعشرون ، اقسمها على أربعة عدد الأحوال يخرج له ستة ، ولولد الأخ أربعة في حال فقط ، فاقسمها على أربعة يخرج له واحد ، وكذلك العم (ولك في عمل مسائل الخنثى طريقة أخرى وهي أن تنسب نصف ميراثيه) يعني ما لكل واحد على تقدير الذكورية وعلى تقدير الأنوثية (الى جملة التركة) فما كان فهو له (ثم تبسط الكسور التي تجتمع معك من مخرج يجمعها لتصح منه المسألة، كابن وولد خنثى) فعلى الأول تصح من اثني عشر بطريق الضرب ، للابن سبعة ، وللخنثى خمسة ، واذا عملت بطريق النسبة (ف) كذلك (للخنثى في حالة النصف وفي حالة الثلث ؛ فله نصفهما) وهو (ربع وسدس ، وللابن في حال نصف، وفي حال ثلثان ؛ فله نصفهما ربع وثلث ، فابسطها لتصح بلا كسر تكن اثني عشر) كما سبق، وعلى الثاني المال بينهما على سبعة (للابن ربعها)؛أي:التركة (وثلثها سبعة)لأن الابن لو انفرد حاز جميع المال (وللخنثى (ربعها وسدسها خمسة) لأنه لو انفرد حاز ثلاثة أرباعه ، فيقسم عليها يكن ماذكرنا ، ولو كان معها زوجة وأم قسمت الباقي بعد فرضها على اثني عشر على الأول، وعلى سبعة على الثاني (وإن صالح) خنثى (مشكل من معه) من الورثة (على ماوقف له) من المال إلى أن يتبين أمره (صح) صلحه معهم

(إن صـح تبرعه) بأن كان الصلح بعد بلوغه ورشده ؛ لأنه جائز التصرف حينئذ (و كـ) خنثى (مشكل من لا ذكر له ولا فرج) له (ولا فيه علامة ذكر أو أنثى، قال الموفق) في « المغني » (وجدنا في عصرنا) شيئاً شبيهـاً بهذا لم يذكره الفرضيون ، ولم يسمعوا به ، فإنا وجدنا (شخصين) ليس لهما في قبلها مخرج لا ذكر ولا فرج أما (أحدهما) فذكروا أنه (ليس) له (في قبله إلا لحمة كالربوة يرشح البول منها) رشحاً (على الدوام، وأرسل يسألنا عن التحرز من النجاسة، سنة عشر وستمائة ، والثاني ليس له إلا مخرج واحد فيما بين المخرجين، منه يتغوط و) منه (يبول) وسألت من أخـبرني عنه عن زيه فأخبرني أنه إنما يلبس لباس النساء ، ويخالطهن ، ويغزل معهن ، ويعد نفسه امرأة و (قال : وحدثت أن بـ) بلاد (العجم شخصاً ليس له مخرج) أصلا لا (قبل أو) ؛ أي : ولا (دبر ، وإنما يتقيأ ما يأكله ويشربه) فهذا وما أشبهه في معنى الخنثى، لكنه لما يكون اعتباره بمباله،فإن لم يكن له علامة أخرى ؛ فهو مشكل ينبغي أن يثبت له حكمه في ميراثه وأحكامه كلها .

باب ميراث الغرقى

(ميراث الغرقى) جمع غريق (ومن عمي) ؛أي : خفي (موتهم) بأن لم يعلم أيهم مات أولاً، كالهدمى ومن وقع بهم الطاعون ، وأشكل أمرهم (إذا علم موت متوارثين معاً) ؛ أي : في زمن واحد (فلا إرث) لأحدهما من الآخر؛ لأنه لم يكن حياً حين موت الآخر، وشرط الإرث حياة الوارث بعد الموت (وإن جهل أسبق)المتوارثين موتا يعني لم يعلم هل سبق أحدهما الآخر أولا (أو علم)أسبقهما (ثم نسي أو) علم موت أحدهما أولاً و (جهلوا عينه ، فإن يدع ورثة كل) منهما (سبق) موت (الآخر ورث كل ميت صاحبهُ) هذا قول عمر وعلي . قال الشعبي : وقع الطاعون بالشام عام عمواس ، فجعل

أهل البيت يموتون عن آخرهم ، فكتب في ذلك الى عمر ، فأمر عمر أن ورثوا بعضهم من بعض . قال أحمد : أذهب إلى قول عمر ، وروي عن إياس المزني : « أن النبي صلى الله عليه وسلم سئل عن قوم وقع عليهم بيت ، فقال: يرث بعضهم بعضاً » . (من تلاد ماله) والتلاد – بكسر التاء – القديم ، ضد الطارف ، وهو الحادث ؛ أي : الذي مات وهو يملكه (دون ما ورثه من الميت معه) لئلا يدخله الدور (فيقدر أحدهما مات أولاً ، ويورث الآخر منه ، ثم يقسم ماورثه) منه (على الأحياء من ورثته ، ثم يصنع بالثاني كذلك) ثم بالثالث كذلك ، وهكذا حتى ينتهوا .

(ففي أخوين أحدهما مولى زيد، والآخر مولى عمرو) ماتا، وجهل أسبقهما، أو علم، ثم نسي ، أو جهلوا عينه، ولم يدع ورثة واحد سبق موت الآخر (يصير مال كل واحد لمولى الآخر) لأنه يفرض موت مولى زيد ابتداء، فيرثه أخوه، ثم يكون لمولاه، ثم يعكس (وفي زوج وزوجة وابنهما) غرقوا ، أو انهدم عليهم بيت ونحوه، فماتوا ، وجهل الحال ، ولا تداعي و (خلف) الزوج (امرأة أخرى) غير التي غرقت ونحوه معه (و) خلف أيضاً (أما وخلفت)الزوجة التي غرقت ونحوه معه (أبناء من غيره وأبا فـ) تصح (مسألة الزوج من ثمانية وأربعين) وأصلها أربعة وعشرون ، للزوجتين الثمن ثلاثة تباينهما ، فاضرب اثنين في أربعة وعشرين يحصل ما ذكر (لزوجته الميتة) ثلاثة وهي نصف الثمن (لأبيها) ؛ أي : أبي الزوجة من سهامها الثلاثة (سدس ، ولابنها الحي ما بقي) فمسألتها من ستة، وسهامها ثلاثة فـ)ترد مسألتها الستة (إلى وفق سهامها) ؛ أي : الزوجة(بالثلث) متعلق بوفق (اثنين) بدل من وفق . أو عطف بيان ؛ أي : ترد الستة لاثنين (ولابنه الميت معه أربعة وثلاثون) من مسألة أبيه تقسم على ورثة الابن الأحياء (لأم أبيه) من ذلك (سدس ولاخيه لامه سدس، وما بقي) وهو ثلثان (لعصبته) ؛ أي ؛ الابن فهي ؛ أي : مسألة الابن (من ستة توافق سهامه

الأربعة وثلاثين بالنصف فـ)رد الستة لنصفها ثلاثة و (اضرب ثلاثة)وهي وفق مسألة الابن (في وفق مسألة الأم اثنين بستة، فاضربها)؛ أي : الستة (في المسألة الأولى) ؛ أي : مسألة الزوج (وهي ثمانية وأربعون تكن) الاعداد التي تبلغها بالضرب (مائتين وثمانية وثمانين ومنها تصح)لورثة الزوجة الأحياء وهم أبوها وابنها من ذلك نصف ثمنه ثمانية عشر ، لأبيها ثلاثة ، ولابنها خمسة عشر ، ولزوجته الحية نصف ثمنه ثمانية عشر ، ولأمه السدس ثمانية وأربعون ،ولورثة ابنه من ذلك ما بقي وهو مائتان ،وأربعة لجدته أم أبيه، من ذلك سدسه أربعة وثلاثون ، ولأخيه لأمه كذلك ، ولعصبته ما بقي ستة وثلاثون (ومسأله الزوجة من) اثني عشر للزوج الربع ثلاثة ، وللأب السدس اثنان ، وللابنين ما بقي سبعة لا تنقسم عليهما ، فاضرب ثنين في اثني عشر تصح من (أربعة وعشرين ؛ لأن فيها زوجا وأبا وابنين) للزوج منها الربع ستة ،وللأب السدس أربعة ، ولكل ابن منها سبعة (فمسألة الزوج منها) ؛ أي : من تركة زوجته (تقسم على اثني عشر) لزوجته الحية الربع ثلاثة ، ولامه الثلث أربعة ، وما بقي لعصبته (ومسألة الابن) الميت (منها) ؛ أي : تركة أمه (تقسم على ستة) لجدته أم أبيه السدس ، ولاخيه لأمه كذلك ، والباقي لعصبته ، ومسألة الزوج توافق سهامه بالسدس ، فترد لاثنين ، ومسألة الابن تباين سهامه فتبقى بحالها فـ(ادخل وفق مسألة الزوج) وهو (اثنان في مسألة الابن) وهي (ستة، فاضرب ستة في أربعة وعشرين) التي هي مسألة الزوجة (تكن مائة وأربعة وأربعين) لورثة الزوج الأحياء من ذلك الربع ستة وثلاثون ،الزوجته ربعها تسعة ، ولأمه سدسها ستة ، والباقي لعصبته ،ولابي الزوجة سدس المائةوأربعة وأربعين ، وهو أربعة وعشرون ، ولابنها الحي نصف الباقي وهو اثنان وأربعون، ولورثة ابنها الميت كذلك ،يقسم بينهم على ستة ، لجدته لابيه سدسه سبعة ، ولأخيه لامه كذلك ، والباقي لعصبته (ومسألة الابن) الميت (من

ثلاثة) لأمه الثلث واحد ، ولأبيه الباقي اثنان (فمسألة أمه من ستة) لا ينقسم عليها الواحد (ولا موافقة ، ومسألة أبيه من اثني عشر) توافق سهميه بالنصف فرد مسألته لنصفها ستة ، وهي مماثلة مسألة الام (فاجتزىء بضرب وفق) عدد (سهامه) وهي (ستة في ثلاثة تكن ثمانية عشر) للأم ثلثها ستة تقسم على مسألتها ، والباقي للأب اثنا عشر ، تقسم على مسألته (وإن) جهل حال نحو هدمى وغرقى و (ادعوا) ؛ أي : ادعى ورثة كل ميت (السبق) ؛ أي : سبق موت المورث على موت صاحبه (ولا بينة) لأحدهما بدعواه (أو) كان لكل واحد بينة و (تعارضتا ، تحالفا) ؛ أي : حلف كل منهما على ما أنكره من دعوى صاحبه ؛ لعموم حديث : « البينة على المدعي واليمين على من أنكر » . (ولم يتوارثا) نصاً ، وهو قول الصديق وزيد وابن عباس والحسن بن علي وأكثر العلماء ، لأن كلا من الفريقين منكر لدعوى الآخر ، فإذا تحالفا ، سقطت الدعويان ، فلو لم يثبت السبق لواحد منهما معلوماً ولا مجهولا أشبه ما لو علم موتهما معاً ؛ بخلاف ما لو لم يدعوا ذلك (ففي امرأة وابنها ماتا فقال زوجها : ماتت فورثناها) ؛ أي : أنا وابني (ثم) مات (ابني فورثته) وحدي (وقال أخوها) بل (مات ابنها) أولاً (فورثته) ؛ أي : ورثت منه (ثم ماتت) بعده (فورثناها) ؛ أي : ورثها أخوها المدعي وزوجها (حلف كل) من زوجها وأخيها (على إبطال دعوى صاحبه) لاحتمال صدقه في دعواه (وكان مخلف الابن لابيه) وحده (ومخلف المرأة لاخيها وزوجها نصفين) للزوج نصف فرضاً ؛ والباقي لأخيها تعصيباً ، وهذا قول الجمهور من العلماء ، وإن لم يقع تداع .

(ولو عين ورثة كل) من ورثة ميت (موت أحدهما) بأن قالوا : مات فلان يوم كذا من شهر كذا عند الزوال (وشكوا هل مات الآخر قبله أو بعده ؟ ورث من شك في) وقت (موته من الآخر) الذي عينوا ، موته إذ الاصل بقاء حياته (ولو مات متوارثان) معاً يقيناً كأخوين (عند الزوال أو)

ماتا عند (الطلوع) ؛ أي : طلوع الشمس أوالقمر (أو الغروب) في يوم واحد وكان (أحدهما بالمشرق) كالسند (والآخر بالمغرب) كفاس (ورث من به) ؛ أي : المغرب (من) ؛ أي : الذي مات (بالمشرق) حيث لا مانع ولا حاجب (لموته) ؛ أي : الذي بالمشرق (قبله) ؛ أي : الميت بالمغرب (لأن الشمس وغيرها) من الكواكب ، تزول عن غاية الارتفاع و(تطلع وتغرب في المشرق قبل) زوالها وطلوعها وغروبها في (المغرب بناء على اختلاف الزوال) لأن اختلافات المطالع بحسب الآفاق في المساكن كثيرة ، فلكل عرض مطالع تخالف مطالع عرض آخر ، و كذلك اختلافات المغارب . قال الشيخ تقي الدين : تختلف المطالع باختلاف أهل المعرفة. انتهى . فإن قيل اختلاف المطالع معتبر عند المنجمين ، والشرع لا يقول بتحكيمهم في شيء من أمور الدين . فالجواب أن المناظر تختلف باختلاف العروض والمطالع ، وتحكيم المنجمين إنما يضر في الأصول دون التوابع ، والقول باختلافها هنا هو المذهب ، وعليه معظم الأصحاب (وإلا) نعتبر اختلاف الزوال (فـ)لا نورث في المسألة ، لأنه (قال) الإمام (أحمد) رضي الله عنه : (الزوال في جميع الدنيا واحد لا يختلف) بمعنى أنها إذا زالت الشمس في موضع يكون الزوال في سائر الاقطار واحداً (وأنكر) ؛ أي : الإمام (على المنجمين) قولهم (أنه) ؛ أي : الزوال (يتغير في البلدان) بحسب عروضها ، والله أعلم .

﴿ باب ميراث أهل الملل ﴾

الملل جمع ملة - بكسر الميم - إفراداً وجمعاً ، وهي الدين والشريعة قال تعالى : « إن الدين عند الله الإسلام » (١) . وقال : (ثم أوحينا إليك أن اتبع ملة إبراهيم حنيفاً » (٢) .

واختلاف الدين من موانع الإرث فـ(لا يرث مباين في دين) لحديث أسامة بن زيد مرفوعاً : « لا يرث الكافر المسلم، ولا المسلم الكافر » . متفق عليه . وعن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده مرفوعاً : « لا يتوارث أهل ملتين شتى » . رواه أبو داود . وأجمعوا على أن الكافر لا يرث المسلم بغير الولاء ، وجمهور العلماء على أن المسلم لا يرث الكافر أيضاً بغير الولاء ، هذا المذهب ، وعليه الاصحاب (إلا بالولاء) فيرث المسلم من الكافر ، والكافر من المسلم به ؛ لقوله عليه الصلاة والسلام : « لا يرث المسلم النصراني الا أن يكون عبده أو أمته» . رواه الدار قطني عن جابر . ولا ولاؤه له بالإجماع ، وهو شعبة من الرق ، فورثه به كما يرثه كما قبل العتق (و) إلا (اذا أسلم كافر قبل قسم ميراث مورثه المسلم) فيرث منه نصاً (ولو) كان الوارث (مرتداً) حين موت مورثه ثم أسلم قبل قسم التركة ، هذا المذهب، جزم به في«الوجيز» وغيره (أو) كانت (زوجة) وأسلمت (في عدة وفاة) قبل القسم نصاً . روي عن عمر وعثمان والحسن بن علي وابن مسعود ؛ لحديث : (من أسلم على شيء فهو له » . رواه سعيد في«سننه»من طريقين عن عروة وابن أبي مليكة عن النبي صلى الله عليه وسلم ، وروى أبو داود وابن ماجه عن ابن عباس قال :قال

---

(١) سورة آل عمران ، الاية : ١٩ (٢) سورة النحل ، الاية : ١٢٣

رسول الله صلى الله عليه وسلم : « كل قسم قسم في الجاهلية فهو على ما قسم ، وكل قسم أدرك الإسلام فإنه على قسم الإسلام » . وروى ابن عبد البر في «التمهيد» عن زيد بن قتادة أن إنساناً من أهله مات على غير دين الإسلام فورثته أختي دوني ، وكانت على دينه ، ثم إن جدي أسلم وشهد مع النبي صلى الله عليه وسلم حنينا ، فتوفي فلبثت سنة ، وكان ترك ميراثا ، ثم إن أختي أسلمت ، فخاصمتني في الميراث الى عثمان ، فحدث عبد الله بن أرقم أن عمر قضى أنه من أسلم على ميراث قبل أن يقسم ؛ فله نصيبه ، فقضى به عثمان ، فذهبت بذلك الأول ، وشاركتني في هذا . وهذه قضية انتشرت ، ولم تنكر ، فكان الحكم فيها كالمجمع عليه ، والحكمة في ذلك الترغيب في الإسلام ، والحث عليه ، فإن قسم البعض دون البعض ، ورث مما بقي دون ما قسم .

و (لا) يرث من أسلم قبل قسم الميراث إن كان (زوجا) لانقطاع علق الزوجية عنه بموتها ، بخلافها ، وكذا لا ترث هي منه إن أسلمت بعد عدتها .

(ولا) يرث (من عتق بعد) موت قريبه من أب أو ابن أو أم ونحوهم (أو) أعتق (مع موت نحو أبيه قبل القسم) لميراث أبيه ونحوه نصاً ؛ لان الإسلام أعظم الطاعات والقرب ، وورد الشرع بالتأليف عليه ، فورث ترغيباً له في الإسلام ، والعتق لا صنع له فيه ، ولا يحمد عليه ؛ فلا يصح قياسه عليه ، ولولا ورود الأثر في توريث من أسلم لكان النظر أن لا يرث من لم يكن من أهل الميراث حين الموت ؛ لان الملك ينتقل بالموت إلى الورثة ؛ فيستحقونه ، فلا يبقى لمن حدث شيء ، لكن خالفناه في الإسلام للأثر ، وليس في العتق أثر يجب التسليم له . (وإن كان الوارث واحداً فمتى تصرف في التركة وحازها فهو كقسمتها) بحيث لو أسلم قريبه بعد ذلك ؛ لم يشاركه ، كما لو كان معه غيره ، واقتسموا .

(و) إن قال لقريبه : (أنت حر آخر حياتي ، عتق وورث) لانه حين الموت

كان حراً ؛ لا إن علق سيد عتق عبده على موت مورثه ؛ بأن قال له سيده : إذا مات أبوك أو نحوه فأنت حر ، فإذا مات أبوه ؛ عتق ، ولم يرث ؛ لحصول عتقه مع موت مورثة ، وكذلك لو دبر قريبه ، ثم مات ، وخرج المدبر من الثلث ؛ عتق ، ولم يرث .

(ويرث الكفار بعضهم بعضاً ،ولو أن أحدهما ذمي والآخر حربي ،أو) أن أحدهما (مستأمن والآخر ذمي أو حربي إن اتفقت أديانهم) لأن العمومات من النصوص تقتضي توريثهم ، ولم يرد بتخصيصهم نص ولا إجماع ، ولا يصح فيهم قياس ، فوجب العمل بعمومها ، ومفهوم حديث :«لا يتوارث أهل ملتين شتى » . أن أهل الملة الواحدة يتوارثون ، وإن اختلفت الدار ، فيبعث مال ذمي لوارثه الحربي حيث علم (وهم) ؛ أي : الكفار (ملل شتى ولا يتوارثون مع اختلافها) روي عن علي ؛ لحديث : « لا يتوارث أهل ملتين شتى» . وهو مخصص للعمومات ، فاليهودية ملة ، والنصرانية ملة ، والمجوسية ملة ، وعبدة الاوثان ملة ، وعبدة الشمس ملة ، وهكذا فلا يرث بعضهم بعضاً . وقال القاضي : اليهودية ملة ، والنصرانية ملة ، ومن عداهما ملة ، ورد بافتراق حكمهم ؛ فإن المجوس يقرون بالجزية ، وغيرهم لا يقربها ، وهم مختلفون في معبوداتهم ومعتقداتهم وآرائهم ، يستحل بعضهم دماء بعض ، ويكفّر بعضهم بعضا .

(ولا) يرث الكفار بعضهم بعضا (بنكاح) ؛ أي : عقد تزويج (لا يقرون عليه لو أسلموا) ولو اعتقدوه كالناكح لمطلقته ثلاثا قبل أن تنكح زوجاً غيره ، وكالمجوسي يتزوج ذوات محارمه ؛ لأن وجود هذا التزويج كعدمه ، فإن كانوا يقرون عليه ، واعتقدوا صحته؛ توارثوا به ، وإن لم توجد فيه شروط أنكحتنا، كالتزويج بلا ولي أو شهود في عدة انقضت ونحوه .

(ومخلّف) اسم مفعول مبتدأ ؛ أي : متروك (مكفّر) -بفتح الفاء-

أي : من اعتقد أهل الشرع أنه كافر (ببدعة، كجهمي) واحد الجهمية أتباع جهم بن صفوان القائل بالتعطيل ، نقل الميموني في الجهمي إذا مات في قرية ليس فيها إلا نصارى، من يشهده ؟ قال : أنا لا أشهده، يشهده من شاء .

(و) مخلف (مشبه) ؛ أي : من شبه ذات الله أو صفاته بذات أو صفات مخلوقاته (إذا لم يتب) مما حكم عليه بكفره بسبب اعتقاده له .

(و) مخلف (زنديق) قاله في «القاموس» : الزنديق بالكسر: من الثنوية؛ أو القائل بالنور والظلمة ، أو من لا يؤمن بالآخرة وبالربوبية ، أو من يبطن الكفر ويظهر الإيمان . قال الشيخ تقي الدين : لفظ الزندقة لم يوجد في كلام النبي صلى الله عليه وسلم ، كما لا يوجد في القرآن ، وهو لفظ أعجمي معرب من كلام الفرس بعد ظهور الإسلام ، وقد تكلم به السلف والائمة في توبة الزنديق ونحو ذلك. قال: والزنديق : الذي تكلم الفقهاء في قبول توبته في الظاهر المراد به عندهم المنافق الذي يظهر الإسلام ويبطن الكفر ، وإن كان مع ذلك يصلي ويصوم ويحج ، ويقرأ القرآن ، وسواء كان في باطنه يهوديا أو نصرانياً أو مشركا أو وثنياً ، وسواء كان معطلا للصانع وللنبوة أو للنبوة فقط أو لنبوة نبينا صلى الله عليه وسلم فقط ،فهذا زنديق (و) هو (منافق) ومافي القرآن والسنة من ذكر المنافقين يتناول مثل هذا بإجماع المسلمين . قال : ومثل هؤلاء المنافقين كفار في الباطن باتفاق المسلمين ، وإن كانوا مظهرين للشهادتين والإقرار بما جاء به الرسول ومؤدين للواجبات الظاهرة ؛ فإن ذلك لا ينفعهم في الآخرة إذا لم يكونوا مؤمنين بقلوبهم باتفاق المسلمين . قال : وعامة ما يوجد النفاق في أهل البدع ؛ فإن الذي ابتدع الرفض كان منافقاً زنديقاً ، وكذلك يقال عن الذي ابتدع التجهم ، وكذلك رؤوس القرامطة وأمثالهم ، لا ريب أنهم من أعظم المنافقين ، وهؤلاء لا يتنازع المسلمون في كفرهم .انتهى . ويأتي بيان عقائد القرامطة في فصل حكم المرتد(فيء) خبر مخلف ، يوضع في بيت المال

لمصالح العامة ، وليس وارثا كما تقدم بل جهة ومصلحة ، ومثل ما ذكر المرتد إذا لم يتب فماله فيء يصرف للمصالح؛ لأنه لا يرثه أقاربه المسلمون ؛ لأن المسلم لا يرث الكافر ولا أقاربه الكفار من يهود أو نصارى أو غيرهم ؛ لأنه يخالفهم في حكمهم ، لا يقر على ردته ، ولا تؤكل ذبيحته ، ولا تحل مناكحته لو كان امرأة (ولا يرثون) ؛ أي : المحكوم بكفرهم ممن تقدم (أحداً) مسلماً ولا كافراً ، لأنهم لا يقرون على ما هم عليه ، فلا يثبت لهم حكم دين من الأديان .

(ويرث مجوسي ونحوه) ممن يرى حل نكاح ذوات المحارم إذا (أسلم أو حاكم إلينا بجميع قراباته) إن أمكن ذلك نص عليه ، وهو قول عمر وعلي وابن مسعود وابن عباس وزيد في الصحيح عنه ؛ لأن الله فرض للأم الثلث ، وللأخت النصف ، فإذا كانت الأم أختا وجب إعطاؤها ما فرض الله لها في الآيتين كالشخصين ، ولأنهما قرابتان ترث بكل واحدة منهما منفردة لا تحجب احداهما الأخرى ، ولا ترجح بها؛ فترث بهما مجتمعتين كزوج هو ابن عم أو ابن عم هو أخ من أم ، وكذوي الأرحام المدلين بقرابتين (وكذا وطء) مسلم ذات محرم أو غيرها بـ(شبهة) فإنه يثبت النسب للشبهة ، وكذا لو اشترى ذات محرمه ، وهو لا يعرفها فوطئها ، فأتت بولد ثبت النسب ، وورث بجميع قراباته (فلو خلف) مجوسي أو نحوه (أمه وهي أخته من أبيه) لكون ابنه تزوج بنته ، فولدت له هذا الابن (و) خلف معها (عما ورثت الثلث بكونها أما و) ورثت (النصف بكونها أختا ، والباقي) بعد الثلث والنصف (للعم) لحديث : « ألحقوا الفرائض بأهلها » . (فإن كان معها) ؛ أي : مع الأم التي هي أخت (أخت أخرى لم ترث) الأخت التي هي أم (بكونها أما إلا السدس ؛ لأنها انحجبت بنفسها) من حيث كونها أختا (وبـ) الاخت (الاخرى) لان الأم ترد عن الثلث إلى السدس بالاختين .

(ولو أولد) مجوسي أو نحوه (بنته بنتاً بتزويج ، فخلفها و) خلف معها (عماً فلها الثلثان) لأنها بنتاه (والبقية لعمه) تعصيباً ، ولا إرث للكبرى

بالزوجية؛لأنها لا يقران عليها لو أسلما أو أحدهما (فإن ماتت الكبري بعده) ؛ أي : الأب (فالمال) الذي تخلفه الكبرى كله (للصغري ؛ لأنها بنت وأخت) لأب ، فتصير من حيث إنها أخت عصبة معها من حيث إنها بنت (فإن ماتت) الصغري (قبل الكبرى) فقد تركت أماً هي أخت لأب (فلها) ؛أي: الكبرى من مال الصغرى (ثلث ونصف) بكونها أماً وأختاً (والبقية للعم) تعصيباً(فلو تزوج) الأب (الصغرى) وهي بنته (فولدت بنتاً) وخلفهن (وخلف معهن عماً ، فلبناته) الثلاث (الثلثان ، وما بقي له) ؛أي: العم تعصيباً (ولو مات بعده) ؛ أي : الأب (بنته الكبرى) عن بنتها وبنت بنتها وهما أختاها (فللوسطى) التي هي بنتها (النصف) بكونها بنتاً (وما بقي) بعد النصف فهو (لها وللصغرى) يشتركان فيه (بالأخوة) ؛أي: بكونها أختين مع بنت (فتصح من أربعة ، للصغرى واحد ، والباقي) ثلاثة (للأخرى) ، وهي الوسطي ففي هذه الصورة تكون ورثت بنت البنت مع البنت فوق السدس (ولو مات بعده) ؛أي : الأب (الوسطى) من البنات (فالكبرى) بالنسبة للوسطى (أم وأخت لأب ، والصغرى) بالنسبة اليها (بنت وأخت لأب ؛ فللأم السدس ، وللبنت النصف ، وما بقي لهما بالتعصيب) لأنها أختان مع بنت ؛ فتصح من ستة ، للكبرى اثنان ، وللصغرى أربعة (فلو ماتت الصغرى بعدها)؛أي: الوسطى (فأم أمها أخت لأب ؛ فلها الثلثان) النصف؛لأنها أخت لأب، والسدس؛ لأنها جدة (وما بقي) فهو (للعم) تعصيباً (ولو مات بعده بنته الصغرى) مع بقاء الكبرى والوسطى (فللوسطى) من الصغرى (بأنها أم سدس) لانحجابها عن الثلث اليه بنفسها وبأمها ؛ لأنها أختان (ولهما) ؛أي: الوسطى والكبرى (ثلثان) بينهما (بأنها أختان لأب ، وما بقي للعم) تعصيباً ، وتصح من ستة ، للوسطى ثلاثة، والكبري اثنان ، وللعم واحد (ولا ترث الكبري) شيئاً بالجدودة (لأنها جدة مع أم) فانحجبت بها عن فرض الجدات .

(تنبيه) : ولو تزوج مجوسي أمه فأولدها بنتا ، ثم مات ؛ فلأمه السدس ، ولبنته النصف ، فإن ماتت الكبرى بعده ، فقد خلفت بنتاً هي بنت ابن ؛ فلها الثلثان بالقرابتين (وإذا مات ذمي) أو مستأمن (لا وارث له من أهل الذمة) ولا العهد ولا الأمان (كان ماله فيئاً). كما تقدم في باب الفيء (وكذا ما فضل من ماله) ؛ أي: الذمي ونحوه (عن إرثه كمن) ؛ أي: كذمي (ليس له وارث إلا أحد الزوجين) فباقي ماله فيء ، وتقدم في بابه ، فإن ورثه حربي بناء على ما تقدم من أن اختلاف الدارين ليس بمانع ؛ كان أيضاً لبيت المال ؛ لأنه مال حربي قدرنا عليه بغير قتال كما يعلم مما تقدم في بابه .

باب ميراث المطلقة

أي : بيان من يرث من المطلقات كالمطلقة طلاقاً رجعياً أو بائناً يتهم فيه بقصد الحرمان ، ومن لا يرث منهن كالمطلقة بائناً بلا تهمة . .

. (ويثبت) الإرث (لهما) ؛ أي: لأحد الزوجين من الآخر (في عدة رجعية) سواء طلقها في الصحة أو في المرض . قال في «المغني» : بغير خلاف نعلمه ، وروي عن أبي بكر وعثمان وعلي وابن مسعود ، وذلك ؛ لأن الرجعية زوجة يلحقها طلاقه وظهاره وإيلاؤه ، ويملك امساكها بالرجعة بغير رضاها ولا ولي ونحوه ، فإن انقضت عدتها فلا توارث ، لكن إن كان الطلاق بمرض موته المخوف ، وانقضت عدتها ؛ ورثته ما لم تتزوج . ذكره في «المستوعب» يعني أو ترتد ويأتي .

(و) يثبت الميراث (لها) ؛ أي: المطلقة من مطلقها (فقط) ؛ أي: دونه لو ماتت هي (مع تهمته) ؛ أي: الزوج (بقصد حرمانها) الميراث (بأن أبانها في مرض موته المخوف) ونحوه مما تقدم في عطايا المريض (ابتداء) بلا سؤالها (أو

سألته) طلاق (أقل من ثلاث ، فطلقها ثلاثا ، أو علقه) ؛أي: البائن (فيه) ؛ أي : مرض موته المخوف (على ما لا بد لهـــا منه شرعاً كصلاة) مفروضة (وصوم) مفروض (أو) علقه في مرضه على فعل لا بد لهـا منه (عقلًا كأكل ونوم ، أو) علقه في صحته (على مرضه أو) على (فعل له) كإن دخلت الدار فأنت طالق (ففعله فيه) ؛أي : المرض المخوف (أو) علقه (على تركه) ؛ أي : ترك فعل له بأن قال : إن لم أدخل الدار ونحوه فأنت طالق ثلاثا (فمــات قبل فعله) وكذا لو حلف بالثلاث ليتزوجن عليهـا ، فمات قبل أن يفعل (أو علق إبانة) زوجة(ذمية أو أمة على إسلام أو عتق)فأسلمت أو عتقت (أو علم) الزوج (أن سيدها) ؛أي: زوجته الأمة (علق عتقها بغد ، فأبانها اليوم ، أو أقر) في مرضه (أنه أبانهـا في صحته ولم يثبته) ؛أي : لم يثبت صدور الإقرار منه في صحته (أو وكل فيها) ؛أي: إبانتها ولو في صحته (من يبينها متى شاء ، فأبانها في مرضه) المخوف (أو قذفها في صحته ولاعنها في مرضه) المخوف (أو وطىء) زوج (عاقل) ولو صبياً لا مجنونا (نحو أم زوجته به) ؛أي: بمرضه المخوف (ولو لم يمت) الزوج من مرضه ذلك (أو) لم (يصح منه بل لسع أو أكل) ونحوه (ولو) كان ذلك (قبل الدخول ، أو انقضت عدتها) ؛ أي : المطلقـــة (قبل موته) فترثه (ما لم تتزوج) غيره ؛ لما روى أبو سلمة بن عبد الرحمن أن أباه طلق أمه وهو مريض ، فمات ، فورثته بعد انقضاء عدتها،فإن تزوجت ، لم ترث من الأول ، أبانهـــا الثاني أو لا (أو ترتد) فإن ارتدت فلا ترثه (ولو أسلمت أو بانت بعد) ؛أي: بعد ارتدادها، أو طلقت بعد أن تزوجت — ولو قبل موته — فإن مجرد تزوجها وارتدادهـا يسقط به إرثها ؛ لأنها فعلت باختيارها ما ينافي نكاح الأول ، والأصل في إرث المطلقة من مبينها المتهم بقصد حرمانها أن عثمان ورث بنت الإصبغ الكلبية من عبد الرحمن بن عوف ، وكان طلقها في مرضه؛ فبتها ، واشتهر ذلك في الصحابة ، ولم ينكر ، فكان كالإجماع. وروى عروة أن

عثمان قال لعبد الرحمن : لئن مت لأورثنها منك ، قال : قد علمت ذلك . وما روي عن عبد الله بن الزبير أنه قال : لا ترث مبتوتة ؛ فمسبوق بالأجماع السكوتي في زمن عثمان ، ولأنه قصد قصداً فاسداً في الميراث ، فعورض بنقيض قصده؛ كالقاتل القاصد استعجال الميراث يعاقب بحرمانه ، وكمرض الموت المخوف ما ألحق به كمن قدم للقتل أو حبس له ونحوه مما تقدم في عطية المريض ، كما أشار اليه ابن نصر الله .

(و) يثبت الإرث (له) ؛أي: الزوج من زوجته (فقط) ؛ أي : دونها (ان فعلت بمرض بموتها المخوف ما يفسخ نكاحها) بأن ترضع امرأة ضرتها الصغيرة ، أو ترضع زوجها الصغير في الحولين خمس رضعات ، أو استدخلت ذكر ابن زوجها أو ذكر أبيه وهو نائم (ولو) كان فعلها ما يفسخ نكاحها (بردة) حصلت منها في مرض موتها المخوف ، فيثبت ميراث زوجها منها (ما دامت معتدة) على الأشهر . قاله في «الفروع» وهو ظاهر صنيع «المنتهى» ، لكنه أسقط: أو ارتدت ، فلو أشار المصنف الى خلافه فيما يوهم لكان مصيباً ، وإنما ثبت الميراث منها ؛ لأنها أحد الزوجين ، فلم يسقط فعلها ميراث الآخر كالزوج (أو انقضت عدتها) فلا يسقط ميراثه منها (على ما) مشى عليه (في «الإقناع») كما لو كان هو المطلق ، وجزم به في «الفروع» و «المقنع» و «الشرح» لفرارها من ميراث زوجها ، فعوقبت بضد قصدها ، ومحل عدم سقوط ميراث زوجها بفسخها النكاح (إن اتهمت) في فعلها في مرض موتها ما يفسخ النكاح بقصد حرمانه الميراث (وإلا) تكن متهمة بقصد حرمانه الإرث ، بأن دب زوجها الصغير أو ضرتها الصغيرة ، فارتضع منها وهي نائمة (سقط) ميراثه منها لو ماتت قبله (كفسخ معتقة تحت عبد فعتق ، ثم ماتت) لأن فسخ النكاح لدفع الضرر ، لا للفرار . قاله القاضي . أو فعلت مجنونة ما يفسخ نكاحها فلا ارث ؛ لأنها لا قصد لها (ويقطعه) ؛أي: التوارث (بينهما) ؛أي: الزوجين (إبانتها في غير

مرض الموت المخوف) بأن أبانها في الصحة ، أو في مرض الموت غير المخوف (أو فيه)؛أي: مرض الموت المخوف (بلا تهمة بأن سألته) الخلع ، فأجابها اليه ، ومثله الطلاق على عوض أو قبل الدخول اليه ، فينقطع التوارث ؛ لأن فعله ذلك كطلاق الصحيح (لا) إن سأل الزوج (أجنبي الخلع) ففعل ؛ فلا ينقطع ميراثها ؛ لأنها لا صنع لها فيه ؛ فهو كطلاقها من غير سؤالها (أو) سألته الطلاق (الثلاث) فأجابها اليه ؛ فلا ترثه ؛ لأنه لا فرار منه (أو) سألته (الطلاق) مطلقاً (فثلثه).

(و) كذا ينقطع التوارث (بقتل أحدهما) ؛ أي: الزوجين (الآخر أو علقها) ؛أي: الثلاث(على فعل لها منه بد، ككلام أبويها) لأنها تستغني عنه وكخروجها من داره (ففعلته عالمة به) ؛أي: التعليق ؛ لانتفاء التهمة منه ، فإن جهلت التعليق ورثت ؛ لأنها معذورة (أو) علق بينونتها (في صحته على) وجود شيء من (غير فعله) ككسوف الشمس أو قدوم زيد ونحو ذلك (فوجد)المعلق عليه (في مرضه) لعدم التهمة .

(ويتجه) أنه ينقطع التوارث بين الزوجين في هذه الصورة حيث لا حيلة (ولا مواطأة) بين المعلق وغيره ، فإن كان بينهما مواطأة على إيقاع المعلق عليه بأن تواطأ الزوج مع أجنبي أني أعلق طلاق زوجتي على فعلك الشيء الفلاني ، فإذا أنا مرضت مرضاً مخوفاً ، فافعله لتبين ، فلا ترث مني ، ففعل ؛ فلا ينقطع التوارث ، لعدم المانع. وهو متجه [1] .

(أو كانت) المبانة في مرض الموت المخوف (لا ترث) حين طلاقه لمانع من رق أو اختلاف دين (كأمة وذمية) طلقها مسلم (ولو عتقت) الأمة (وأسلمت) الذمية قبل موته فلا ترث ؛ لأنه حين الطلاق لم يكن فاراً (أو فسخت مريضة لعنته)؛أي: زوجها، بأن أجل سنة ، ولم يصبها،فاختارت فرقته

---

(١) أقول : ذكره الجراعي ، وصرح به الخلوتي . انتهى .

لدى حاكم في مرضها ، وفرق بينهما ؛ فلا توارث ؛ لانقطاع علق الزوجية على وجه لا فرار فيه .

(ومن أكره وهو عاقل) ولو صبيا (وارث) من زوج المكرهة (ولو نقص إرثه) بوجود مزاحم بأن وجد للمريض ابن آخر (أو انقطع) إرثه بفعله مايقطعه كما لو ارتد (امرأة) مفعول أكره (أبيه أو) أكره امرأة (جده في مرضه) ؛ أي : مرض الجد أو الأب ، وكذا امرأة ابنه وابن ابنه (على مايفسخ نكاحها) كوطئها (لم يقطع) ذلك (إرثها) لأنه فسخ حصل في مرض الزوج بغير اختيار الزوجة ، فلم يقطع إرثها؛ أشبه ما لو أبانها الزوج (الا أن يكون له) ؛ أي : الزوج (امرأة ترثه سواها) فينقطع إرث من انفسخ نكاحها ؛ لانتفاء التهمة إذن ؛ لأنه لم يتوفر على المكره لها بفسخ النكاح شيء من الإرث (أو) كان (لم يتهم فيه) ؛ أي : في قصد حرمانها (حال الإكراه) لها على الوطء (كمحجوب) غير وارث اذ ذاك ككونه ابن ابن مع وجود ابن ، أو رقيقاً مبايناً لدين زوجها ، وان طاوعت امرأة الأب أو الجد على وطء يفسخ نكاحها ؛ لم ترث ؛ لأنها شاركته فيما ينفسخ به النكاح ، كما لو سألت زوجها البينونة ، وكذا لو كان المكره لها زائل العقل حين الإكراه انقطع إرثها ؛ لأنه لاقصد له صحيح ، وكذا حكم وطء مريض أم زوجته أو جدتها ، لكن لا أثر هنا لمطاوعة الموطوءة ؛ لأنه لافعل للزوجة فيه يسقط به ميراثها ، ويشمل العاقل البالغ وغيره .

(وترث من تزوجها مريض مضارة) لورثته أو بعضهم (لنقص ارث غيرها) لأن له أن يوصي بثلث ماله ؛ وكذا لو تزوجت مريضة مضارة لورثتها؛ فيرث منها زوجها (ومن جحد إبانة امرأة ادعتها) عليه إبانة تقطع التوارث ، ثم مات (لم ترثه) المدعية للابانة (ان دامت على قولها) إن أبانها (لاموته) لإقرارها أنها مقيمة تحته بغير نكاح ، فإن أكذبت نفسها قبل موته ؛ ورثته؛

لتصادقهما على بقاء النكاح ، ولا أثر لتكذيب نفسها بعد موته ؛ لأنها متهمة فيه إذن ، وفيه رجوع عن إقرار لباقي الورثة .

(ومن خلف زوجات، نكاح بعضهن فاسد، أو) نكاح (احداهن بائن أي : منقطع قطعاً يمنع الميراث على ماتقدم تفصيله (وجهل الحال) بأن لم يعلم عين من نكاحها صحيح ، ولم ينقطع بما يمنع الإرث (أخرج) من لا يرث منهن (بقرعة) والميراث للباقي نص عليه؛ لأنه ازالة ملكه عن آدمي ، فتستعمل فيه القرعة عند الاشتباه كالعتق ، وإن طلق واحدة من زوجتين مدخول بهما غير معينة في صحته ، ثم قال في مرض موته المخوف : أردت فلانة ، ثم مات قبل انقضاء العدة ؛ ففي «المغني » لم يقبل قوله ؛ لأن الإقرار بالطلاق في المرض كالطلاق فيه ، فإن كان للمريض امرأة أخرى سوى هاتين ؛ فلها نصف الميراث ، وللاثنتين نصفه.

(وان طلق متهم) بقصد حرمان ارثه (أربعا) كن معه وانقضت عدتهن ، وتزوج أربعاً سواهن ، ورث الثمان الأربع المطلقات ؛ والأربع المنكوحات (بشرطه) وهو مالم تتزوج المطلقات ، أو يرتددن ؛ لأن طلاقهن لم يسقط ميراثهن كما تقدم ؛ فيشاركن الزوجات (فلو كن) ؛ أي : المطلقات (واحدة) فانقضت عدتها (وتزوج أربعا سواها) ثم (ورث الخمس) منه (على السواء) لأن المطلقة للفرار وارثة بالزوجية ، فكانت أسوة من سواها .

(تتمة) لو قتل الزوج المريض مرض الموت المخوف زوجته، ثم مات، لم ترثه ؛ لخروجها من حيز التملك والتمليك . ذكره ابن عقيل ؛ وظاهره ولو أقر أنه قتلها من أجل أن لاترثه ، خلافاً لاتجاه صاحب « الفروع » .

باب الاقرار بمشارك في الميراث

(الإقرار بمشارك في الميراث) ؛ أي : بيان طريق العمل في تصحيح المسألة إذا أقر بعض الورثة دون بعض، وأما إذا كان الإقرار من جميعهم؛ فلا يحتاج إلى عمل سوى ماتقدم وبيان نفس الإقرار بوارث وشروطه ؛ فهو وإن علم مما هنا إجمالا ، لكنه يأتي في آخر الكتاب بأوسع مما هنا .

(اذا أقر كل الورثة وهم مكلفون) لأن إقرار غير مكلف لايعول عليه شرعاً (ولو أنهم) ؛ أي : المنحصر فيهم الإرث لو لم يقروا بما أقروا به ليسوا بعدد ، بل كانوا واحداً ، والواحد (بنت) لإرثها بفرض ورد (أو) كانوا (ليسوا أهلاً للشهادة بـ) وارث (مشارك) لمن أقر في الميراث كابن للميت يقر بابن آخر (أو) يقر بوارث (مسقط) له (كأخ) للميت (أقر بابن ممكن للميت) ؛ أي : ممكن كونه منه، ككون الميت ابن عشر فأكثر ، ولم ينازع في نسب المقر به منازع ؛ ثبت نسبه ؛ لأن المقر به ثابت النسب الذي بينه وبين الميت ، وليس به مانع ، فدخل في عموم الوارث في حالة الإقرار (ولو) كان الابن المقر به (من أمته) ؛ أي : الميت نصاً (فصدق) مقر به مكلف مقراً (أو كان) المقر به (صغيراً أو مجنوناً) ولو لم يصدقه (ثبت نسبه) لأن الوارث يقوم مقام المورث في ميراثه ، والدين الذي له وعليه وبيناته ودعاويه والأيمان التي له وعليه ، وكذلك في النسب ؛ لأنه حق يثبت بالإقرار ، فلم يعتبر فيه عدد المقرين كالدين ، ولأنه قول لايعتبر فيه العدالة ، فلم يعتبر فيه العدد كإقرار المورث .

(ولو أنكر) المقر به غير المكلف النسب (بعد تكليفه) لم يسمع إنكاره اعتباراً بحال الإقرار ؛ لأنه يبطل حقاً عليه ، ولو طلب المقر به بعد تكليفه إحلاف المقر على ما أقر به من النسب لم يستحلف ؛ لأنه لو نكل لم يقض عليه بالنكول ؛ لأن النكول إنما يقضى به في المال ، وما يقصد به المال وهذا ليس منه ، ومحل ثبوت النسب بالإقرار (إن كان) نسب المقر به (مجهولا) بخلاف ثابت النسب ؛ لأن إقراره به يتضمن إبطال نسبه المعروف ؛ فلم يصح (ولو مع) وجود (منكر) من أقاربه (لا يرث) ذلك المنكر من الميت (لمانع) قام به من رق كقتل واختلاف دين ؛ لأن وجود من قام به المانع كعدمه في الإرث والحجب فكذا هنا .

(تنبيه) لابد من وجود الشروط الأربعة وهي: إقرار الجميع ، وتصديق المقر به إن كان مكلفاً ، وإمكان كونه من الميت ، وعدم المنازع ، فإن توفرت ثبت النسب ، وإن فقد شيء منها فلا ثبوت للنسب (و) حيث ثبت نسبه فإنه يثبت (إرثه) من الميت ، فيقاسمهم (إن لم يقم به مانع) من موانع الإرث نحو رق ، فإن كان به مانع ثبت نسبه ، ولم يرث للمانع (ويعتبر إقرار زوج ومولى) إن (ورثا) كما لو ماتت امرأة عن بنت وزوج أو بنت ومولى ، فأقرت البنت بأخ لها ، فيعتبر إقرار الزوج والمولى به ليثبت نسبه ؛ لأنهما من جملة الورثة (وإن لم يكن) ؛ أي : يوجد من ورثة ميت (إلا زوجة أو زوج ، فأقر بولد للميت من غيره فصدقه) إمام أو (نائب إمام ثبت نسبه) لأن مافضل عن حصة الزوج أو الزوجة لبيت المال ، والإمام أو نائبه هو المتولي لأمره ، فقام مقام الوارث معه لو كان .

(ويتجه وإلا) بأن لم يصدق الإمام أو نائبه المقر من الزوجين (أخذ) المقر به (نصف مامع مقر) مؤاخذة له بإقراره ، وإن لم يثبت نسب المقر به من الميت ؛ لعدم تصديق الإمام أو نائبه ؛ إذ تصديقه معتبر في ثبوت

النسب ، وهو أهل لاستيفاء قودمن وارث له ، ذكره الآزجي وهو متجه (١)

(تتمة) فإن أقر أحد الزوجين بابن للآخر من نفسه ، ثبت نسبه من المقر مطلقاً بشرطه ، ومن الميت ان كان زوجة وأمكن اجتماعه بها ، وولدته لستة أشهر من ذلك ، وإن كان زوجاً وصدقه باقي الورثة أو نائب الإمام ثبت أيضاً ، وإلا فلا . قال في شرح «الإقناع» هذا ما ظهر لي والله أعلم .

(وان أقر به) ؛ أي : الوارث المشارك أو المسقط للمقر (بعض الورثة) وأنكره الباقون (فشهد عدلان منهم) ؛ أي : الورثه (أو) شهد عدلان (من غيرهم أنه) ؛ أي : المقر به (ولد الميت) أو أخوه ونحوه (أو) شهد أن الميت كان (أقر به في حياته أو) شهد أنه (ولد على فراشه) ؛ أي : الميت (ثبت نسبه وارثه) لأن ذلك حق شهد به عدلان لاتهمة فيها ، فثبت بشهادتها كسائر الحقوق (والا) يشهد به عدلان مع إقرار بعض الورثة به (ثبت نسبه) ؛ أي : المقر به (من مقر وارث فقط) لأنه إقرار على نفسه خاصة فلزمه كسائر الحقوق ، ولم يثبت نسبه المطلق ؛ لأنه إقرار على الغير ؛ فلم يعمل به (فلو كان المقر به أخاً للمقر ، ومات المقر) أيضاً (عنه) ورثه (أو) مات المقر (عنه) ؛ أي : عن المقر به (وعن بني عم ، ورثه المقر به) وحده ؛ لأن بني العم محجوبون بالأخ (و) إن مات المقر (عنه) ؛ أي : عن المقر به (وعن أخ) له أيضاً (منكر) لإخوة المقر به (فإرثه) ؛ أي : المقر (بينهما) ؛ أي : بين المنكر والمقر به بالسوية ؛ لاستوائهما في القرب والمراد حيث تساويا في كونهما شقيقين أو لأب بحسب اقرار الميت وإلا عمل بمقتضاه (ويثبت نسبه) ؛ أي : المقر به (تبعاً من ولد مقر أنكره) لثبوت نسبه من أبيه ، فيغتفر في التابع ما لا يغتفر في المتبوع (فتثبت العمومة) تبعاً

---

(١) أقول : صرح به في « الفروع » أيضاً ، نقله مصنف « المنتهى » في شرحه . انتهى .

لأخوة المقر ؛ لأنها لازمة بثبوت أخوة أبيه (وإن صدق بعض الورثة) وكان صغيراً أو مجنوناً حال إقرار مكلف رشيد (إذا بلغ وعقل) على إقرار المكلف قبل ذلك (ثبت نسبه) لاتفاق جميع الورثة عليه إذن ، وإن مات مكلف قبل تكليفه ، ولم يبق غير مقر مكلف ثبت نسب مقر به ؛ لأن المقر صار جميع الورثة ، وكذا لو كان الوارث ابنين فأقر أحدهما بوارث ، وأنكر الآخر ، ثم مات المنكر ، فورثه المقر ؛ ثبت نسب المقر به ؛ لأن المقر صار جميع الورثة ، أشبه ما لو أقر به ابتداءً بعد موت أخيه .

(فلو مات مقر به قبل تصديقه لمقر ، وله وارث غير المقر ؛ اعتبر تصديقه) للمقر حتى يرث منه ؛ لأن المقر إنما يسري اقراره على نفسه (وإلا) يصدق وارث (فلا) يرث منه (ومتى لم يثبت نسبه) ؛ أي : المقر به من ميت بأن أقر به بعض الورثة،ولم يشهد به عدلان (أخذ) المقر به (الفاضل بيد المقر) عن نصيبه على مقتضى إقراره لأنه مقر بأن ذلك له (إن فضل) بيده (شيء) عن نصيبه (أو) أخذ مافي يده (كله إن أسقطه) ؛ أي : إن أسقط المقر به المقر ؛ لإقراره أنه له ؛ فلزمه دفعه إليه (فإذا أقر أحد ابنين بأخ) لهما (فله) ؛ أي : المقر به (ثلث مال بيده) ؛ أي : المقر (وهو سدس المال) لأن إقراره تضمن أنه لايستحق أكثر من ثلث التركة ، وفي يده نصفها ، فيفضل بيده سدس للمقر به ، وهو ثلث مابيده فيلزمه دفعه اليه .

(و) إن أقر أحد الابنين (بأخت فـ) لها (خمسه) ؛ أي : مابيد المقر ؛ لأنه لايدعي أكثر من خمس المال ، وذلك أربعة أخماس النصف الذي بيده يفضل بيده خمس ، فلزمه دفعه اليها ؛ فإن لم يكن في يد المقر فضل فلاشيء للمقر به ؛ لعدم مايوجبه .

(و) إن أقر (ابن ابن) الميت (بابن) له (فـ) له (كل مابيده) ؛ أي: المقر ؛ لأنه أقر بانحجابه عن الإرث .

(ومن خلف أخاً من أب وأخاً من أم ، فأقرا بأخ لأبوين ؛ ثبت نسبه) لإقرار الورثة كلهم به (وأخذ) المقر به (مابيد ذي الأب) كله ؛ لأنه تبين أن لاحق له لحجبه بذي الأبوين ، ولم يأخذ مما في يد الأخ لأم شيئاً ؛ لأنه لافضل له بيده (وإن أقر به) ؛ أي : بالأخ لأبوين (الأخ للأب وحده) ؛ أي) : دون الأخ لأم (أخذ) الأخ لأبوين (مابيده) ؛ أي : يد الأخ لأب مؤاخذة للمقر بمقتضى إقراره (ولم يثبت نسبه) المطلق (من الميت) لإنكار بعض الورثة وهو الأخ لأم (وان أقر به) ؛ أي : بالأخ لأبوين (الأخ لأم وحده) فلا شيء له (أو) أقر الأخ للأم (بأخ سواه) ؛ أي : سوى الأخ لأبوين ، ولو كان الأخ المقر به منه أخاً من الأم (فلا شيء له) ؛ أي : للمقر به ؛ لأنه لافضل بيد المقر ، وإن أقر الأخ لأم بأخوين من أم ؛ دفع إليها ثلث مابيده ؛ لأن في يده السدس ، وفي إقراره بهما قد اعترف أنه لايستحق إلا التسع ، فيبقى بيده نصف التسع ، وهو ثلث ما في يده ، فيدفعه إليها .

(و) طريق (العمل) في مسائل هذا الباب كله (بضرب مسألة الإقرار في مسألة الإنكار) إن تباينتا (وتراعي الموافقة) فتضرب إحداهما في وفق الآخر ان كان بينهما موافقة ، وتكتفي بإحداهما إن تماثلتا ، وبأكبرهما إن تداخلتا ، ومن له شيء من احدى المسألتين أخذه مضروباً في واحد إن تماثلتا، وفي التداخل من له شيء من الكبرى أخذه مضروباً في واحد ، ومن له شيء من الصغرى أخذه مضروباً في مخرج نسبتها إلى الكبرى (ويدفع لمقر سهمه من مسألة الاقرار مضروباً (في) مسألة (الإنكار) عند المباينة أو في وفقها عند الموافقة (و) يدفع لمنكر سهمه من مسألة الإنكار) مضروباً (في) مسألة (الإقرار) أو وفقها ، ويجمع ماحصل للمقر والمنكر من الجامعة (و) يدفع (لمقر به مافضل) من الجامعة (فلو أقر أحد ابنين بأخوين) غير توأمين (فصدقه أخوه في أحدهما ثبت نسبه) ؛ أي : المتفق عليه ؛ لإقرار جميع

الورثة به (فصاروا ثلاثة) بنين ومسألة الاقرار من أربعة ، والإنكار من ثلاثة ، وهما متباينان فـ (تضرب مسألة الإقرار في) مسألة (الانكار تكون اثني عشر ، للمنكر سهم من) مسألة (الإنكار في) مسألة (الإقرار) وذلك (أربعة وللمقر سهم من) مسألة (الإقرار) يضرب (في) مسألة (الانكار ثلاثة ، والمتفق عليه إن صدق المقر مثل سهمه) ثلاثة مع اثني عشر (وإن أنكر) ه فله (مثل سهم المنكر) أربعة من اثني عشر (والمختلف فيه مافضل من) الاثني عشر (وهو سهمان حال التصديق) من الثالث (وسهم حال الانكار) منه .

(ومن خلف ابناً ، فأقر) الابن (بأخوين) له بكلام متصل) بأن قال : هذان أخواي ، وهذا أخي وهذا أخي ، ولم يسكت بينهما أو نحوه ، ولا وارث غيره (ثبت نسبهما ولو أكذب أحـــدهما) ؛ أي : أحد المقر بهما بكلام متصـــل (الآخر) لأن نسبهما ثبت بإقرار من هو كل الورثة قبلهما ، ولو لم يكونا توأمين كما تقدم (و) إن أقر الابن (بأحدهما) ؛ أي : الأخوين (بعـد الآخر ثبت نسبهما إن كانا توأمين) ولا يلتفت لانكار المنكر منهما ، سواء تجاحدا معاً ، أو جحد أحـدهما صاحبه للعلم بكذبهما ، فإنهما لايفترقان (وإلا) يكونا توأمين (لم يثبت نسب الثاني) ؛ أي : المقر به ثانيـاً (حتى يصدق) على ذلك (الأول) ؛ أي : المقر به أولاً ؛ لصيرورته من الورثـــة (وله) ؛ أي : الأول مع إنكاره الثاني (نصف مابيد المقر) من تركه ابنيه (وللثاني) ؛ أي : المقر به ثانياً (ثلث مابقي) بيد المقر ؛ لأنه الفضل ؛ لأنه يقول: نحن ثلاثة أولاد ، وثبت نسب الأول ؛ لانحصار الارث حال الاقرار فيمن أقر به ، ووقف ثبوت نسب الثاني على تصديق الأول ، لأنه وارث حال إقرار أخيه به ، ولو كذب الثاني بالأول ، وصدق الأول بالثاني ثبت نسب الثلاثة ، ولا إرث ؛ لتكذيب الثاني ، لأنه لم يكن وارثاً حين إقرار الأول به .

(وإن أقر بعض ورثة) ميت (بزوجة للميت فلها) ؛ أي : الزوجة من التركة (مازاد بيده) ؛ أي : المقر (عن حصته) كما لو مات رجل عن ابنين ، فأقر أحدهما بزوجة للميت ، وأنكر الآخر ؛ فلها نصف ثمن التركة مما بيد المقر (فلو مات) الابن (المنكر) للزوجة (فأقر ابنه) ؛ أي : المنكر (بها) ؛ أي : الزوجة (كمل إرثها) فيدفع لها نصف الثمن ، فيكمل لها الثمن ؛ لاعترافه بظلم أبيه لها بإنكارها (وإن) أقر بها أحد الابنين و (مات) الابن الآخر قبل إقراره و (قبل إنكاره ؛ ثبت إرثها) ولو أنكرها ورثة هذا الابن الميت؛ لأنه لامنكر لها من ورثة زوجها .

(وإن قال مكلف) لمكلف آخر (مات أبي وأنت أخي أو) كانوا أكثر من واحد ، فقالوا لمكلف (مات أبونا ونحن أبناؤه فقال) مقول له (هو) ؛ أي : الميت (أبي ، ولست أخي) أو قال لجماعة : هو أبي ، ولستم إخواني (لم يقبل انكاره) لأن القائل نسب الميت إليه أولاً بأنه أبوه ، وأقر بمشاركة المقر له في ميراثه بطريق الأخوة ، فلما أنكر اخوته لم يثبت إقراره به ، وبقيت دعواه أنه أبوه دونه غير مقبولة ، كما لو ادعى ذلك قبل الاقرار .

(و) إن قال مكلف لآخر (مات أبوك وأنا أخوك ، فقال) مقول له (لست أخي ؛ فالكل لمقر به) لأنه بدأ بالاقرار بأن هذا الميت أبوه ، فثبت ذلك له ، ثم أدعى مشاركته بعد ثبوت الأبوة للأول ، فإذا أنكر الأول أخوته ؛ لم تقبل دعوى هذا المقر .

(و) إن قال مكلف لمكلف آخر (ماتت زوجتي وأنت أخوها) ف (قال) مقر له هي أختي و (لست) أنت (بزوجها ؛ قبل انكاره) ؛ أي : الأخ زوجية المقر بها ؛ لأن من شرطها الاشهاد ، فلا تكاد تخفى ، ويمكن إقامة البينة عليها .

فصل : إذا أقر وارث في مسألة عول بمن) ؛ أي : بوارث (يزيله) ؛ أي : العول (كزوج وأختين) لغير أم فالمسألة من ستة ، وتعول إلى سبعة، للزوج ثلاثة ، ولكل من الأختين سهمان (أقرت إحداهما) ؛ أي : الأختين (بأخ) لأبوين أو لأب ، فيعصبها ويزول العول ، وتصح مسألة الاقرار من ثمانية ، للزوج أربعة ، وللأخ سهمان، ولكل أخت سهم ، والمسألتان متباينتان (فاضرب مسألة الاقرار ثمانية في) مسألة (الانكار سبعة بستة وخمسين ، واعمل) في القسمة (على ماذكر) بأن تضرب ما للمنكر من الانكار في الاقرار ، وما للمقر من مسألة الاقرار في الاقرار فـ (للزوج) من الانكار ثلاثة في مسألة الاقرار ثمانية (أربعة وعشرون وللمنكرة) سهمان من سبعة في ثمانية بـ (ستة عشر وللمقرة) سهم من الاقرار يضرب في مسألة الانكار (سبعة وللأخ) المقر به الباقي وهو (تسعة فإن صدقها) ؛ أي :المقرة(الزوج) على أنه أخوها (فهو) ؛ أي : الزوج (يدعي أربعة) تمام الثمانية والعشرين التي هي نصف الستة والخمسين ؛ لزوال العول بالأخ (والأخ) المقر به (يدعي أربعة عشر) مثلا الأخت المقرة (فاقسم التسعة) الفاضلة بيد المقر به (على مدعاهما)؛أي: الزوج والأخ، وهي ثمانية عشر والتسعة نصفها؛ فلكل منهما نصف مدعاه فـ(للزوج سهمان) من التسعة ؛ لأن مدعاه أربعة (وللأخ) منها (سبعة) لأن مدعاه أربعة عشر، فإن أقرت الأختان بالأخ ، وكذبها الزوج ، دفع الى كل أخت سبعة، ودفع الى الأخ أربعة عشر وذلك نصف التركة ثمانية وعشرون يبقى من النصف الثاني أربعة يقرون بها للزوج ، وهو ينكرها ، وفيها ثلاثة أوجه أحدها : أن تقر بيد المقرتين ؛ لأنه لا يدعيها أحد لبطلان الإقرار بإنكار المقر له . الثاني : يعطى الزوج نصفها والأختان نصفها ؛ لأنها لا تخرج عنهم ، ولا شيء منها للأخ ؛ لأنه لا يحتمل أن يكون له فيها شيء بحال. والثالث يؤخذ لبيت المال ؛ لأنه مال لم يثبت له مالك ،

والوجه الأول : هو مقتضى كلامه في المسألة بعدها ، وهو المذهب صحح في «التصحيح» وغيره،وجزم به في«الوجيز» وغيره (فإن كان معهم)؛أي: الأختين لغير أم والزوج (أختان لأم) وأقرت إحدى الأختين لغير أم بأخ مساو لهما فمسألة الإنكار من تسعة ، للزوج ثلاثة ، وللأختين لأم سهمان لكل واحدة واحد ، وللأختين لغير أم أربعة لكل واحدة سهمان ، ومسألة الإقرار أصلها ستة ، للزوج ثلاثة ، وللأختين لأم سهمان ، يبقى واحد للأخ والأختين لغير أم على أربعة ، فتضربها في ستة تبلغ أربعة وعشرين ، وبينها وبين التسعة موافقة بالأثلاث ، فإذا (ضربت وفق مسألة الإقرار) وهو (ثمانية في مسألة الإنكار) تسعة تبلغ (اثنين وسبعين)وكذا لو ضربت ثلث التسعة ثلاثة فيأربعةوعشرين ف (للزوج ثلاثة من) مسألة (الإنكار) تضربها (في وفق) مسأله (الإقرار) وهي ثمانية يحصل (أربعة وعشرون ولولدي الأم) سهمان من مسألة الإنكار في ثمانية وفق مسألة الإقرار (ستة عشر وللـ)أخت ا (لمنكرة مثله)؛أي: ستةعشر من ضرب اثنين في ثمانية (وللمقرة) بالأخ منها سهم من مسألة الإقرار في وفق مسألة الإنكار (ثلاثة يبقى معها) ؛أي: المقرة (ثلاثة عشر للأخ منها) ؛ أي : الثلاثة عشر (ستة) مثلا أخته المقرة به (يبقى سبعة لا يدعيها أحد ففي هذه المسألة وشبهها) مما يبقى بقية بيد المقر مالا يدعيه أحد (تقر بيد من أقر) وهو هنا الأخت ، فتقر السبعة بيدها الى أن تصدق الورثة أو يصطلحوا ؛ لأن الإقرار يبطل بإنكار من أقر له ، هذا اذا كذبها الزوج (فإن صدق الزوج) المقرة على إقرارها بالأخ (فهو يدعي اثني عشر) ليكمل له بها مع الأربعة والعشرين نصف المال ستة وثلاثون (والأخ) المقر به (يدعي ستة) مثلي أخته (يكونان) ؛أي : مدعي الزوج ومدعي الأخ (ثمانية عشر) ولا تنقسم عليها الثلاثة عشر الباقية بيد الأخت المقرة ولا توافقها (فاضربها) ؛أي الثمانية عشر (في أصل المسألة وهي اثنان وسبعون ؛ لأن الثلاثة عشر) الباقية بيد المقرة

(لا تنقسم عليها) ؛أي: الثمانية عشر (ولا توافقها) فإذا ضربت ثمـانية عشر في اثنين وسبعين (تبلغ) المسألة (ألفاً ومائتين وستة وتسعين ، ثم) كل (من له شيء من اثنين وسبعين) فهو (مضروب في ثمانية عشر، ومن له شيء من ثمانية عشر) فهو (مضروب في ثلاثة عشر) فللزوج من اثنين وسبعين أربعـة وعشرون في ثمانية عشر أربعمائة واثنان وثلاثون ، ومن الثمانية عشر اثنا عشر في ثلاثة عشر مائة وستة وخمسون ، وللأختين من الأم مائتان وثمانية وثمانون ، وللمنكرة كذلك ، وللمقرة أربعة وخمسون ، وللأخ ستة في ثلاثة عشر ثمانية وسبعون ، والسهام متفقـة بالسدس فترد المسألة الى سدسها مائتـين وستة عشر ، وكل نصيب الى سدسه (وعلى هذا) المنوال (يعمل كل ما ورد) من مسائل هـذا الباب .

باب ميراث القاتل

(ميراث القاتل) ؛ أي : بيان الحال التي يرث القاتل فيها ، والحال التي لا يرث فيها (لا يرث من) ؛ أي : مكلف أو غيره كصغير أو مجنون (انفرد) بقتل مورثه (أو شارك في قتل مورثه) لأن توريث القاتل يفضي إلى تكثير القتل ؛ لأنه ربمـا استعجل الوارث موت مورثه ، فقتله ليأخذ ماله كما فعل الاسرائيلي الذي قتل عمه الذي حكى الله فيه قصة البقرة،فمنع من الميراث لذلك ؛ دفعا لهذا المحذور، وحفظاً للنفوس ؛لأن الوارث اذا علم أن القتل يمنعه الميراث كف عنه . قال البغوي : ما ورث قاتل بعد صاحب البقرة ، ولأنه وإن تخلف قصد الاستعجال في بعض الصور فإنه يلحق بما يتحقق فيه قصده سداً للباب (ولو) كان القتل المنفرد به أو المشارك فيه (بسبب) كحفر نحو بئر أو نصب

نحو سكين أو وضع حجر أو رش ماء أو إخراج نحو جناح بطريق أو جناية مضمونة من بهيمة (إن لزم) القاتل بمباشرة أو سبب (قود أو دية أو كفارة) لحديث عمر : سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول : « ليس لقاتل شيء ». رواه مالك في موطئه ، وأحمد . وعن ابن عباس مرفوعاً ، قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : « من قتل قتيلاً فإنه لا يرثه وان لم يكن له وارث غيره ، وإن كان والده أو ولده فليس لقاتل ميراث » . رواه أحمد (فلا ترث من شربت دواء فأسقطت من الغرة شيئاً) لجنايتها المضمونة (ولا) يرث (من مبقى ولده ونحوه) ممن في حجره (دواء) ولو يسيراً (أو أدبه أو فصده أو بط سلعته لحاجته ، فمات) لأنه قاتل (خلافاً للموفق) في قوله : ومن قصد مصلحة موليه بما له فعله من سقي دواء أو بط جراحة فمات ورثه في ظاهر المذهب ؛ لانه ترتب على فعل مأذون فيه ، والمعتمد ما قاله المصنف (وما) ؛ أي : كل قتل (يضمن بشيء من هذا) المذكور من قصاص أو دية أو كفارة (كالقتل) لمورثه (قصاصاً أو حداً) لترك زكاة ونحوها أو لزنا ونحوه (أو) القتل حرابا بأن قتل مورثه الحربي ، أو كان القتل (دفعاً عن نفسه) إن لم يندفع إلا به (أو) قتل مورثه (بشهادة) حق من وارثه ، أو زكى الشاهد عليه بحق ، أو أفتى ، أو حكم بقتله بحق (وكقتل عادل لباغ) في الحرب (وعكسه) بأن قتل الباغي العادل (فلا يمنع الإرث) لأنه فعل مأذون فيه ، فلم يمنع الإرث كما لو أطعمه أو سقاه ماء باختياره ، فأفضى الى موته .

(تتمة) : ومن أمره مورثه البالغ العاقل ببط جراحة أو قطع سلعة منه ، ففعل ، فمات بذلك ؛ فإنه يرثه ؛ لأنه فعل فعلاً مأذونا فيه .

باب ميراث المعتق بعضه وما يتعلق به

(لا يرث رقيق ولو) كان (مدبراً أو مكاتباً أو ام ولد ، ولا يورث) لأن فيهم نقصاً منع كونهم وارثين ، فمنع كونهم موروثين كالمرتد ، وأجمعوا على أن المملوك لا يورث ؛ لأنه لا مال له فيورث ؛ لأنه لا يملك ، ومن قال إنه يملك بالتمليك ، فملكه ناقص غير مستقر يزول إلى سيده بزوال ملكه عن رقبته ؛ لقوله عليه السلام : «من باع عبداً وله مال ، فماله للبائع إلا أن يشترطه المبتاع » ولأن السيد أحق بمنافعه وأكسابه في حياته ؛ فكذلك بعد مماته ، والمكاتب كالقن ؛ لحديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده : « المكاتب عبد ما بقي عليه درهم » . رواه أبو داود . وأما الأسير الذي عند الكفار فإنه يرث إذا علمت حياته في قول عامة الفقهاء إلا سعيد بن المسيب ؛ فإنه قال: لا يرث ؛ لأنه عبد ، ولا يصح ما قاله ؛ لأن الكفار لا يملكون الأحرار بالقهر .

(ويرث مبعض ويورث ويحجب) ويعصب (بقدر جزئه الحر)وهو قول علي وابن مسعود ؛ لما روى عبد الله بن أحمد بسنده إلى ابن عباس ، أن النبي صلى الله عليه وسلم قال في العبد: « يعتق بعضه يرث ويورث على قدر ما عتق منه» . ولأنه يجب أن يثبت لكل بعض حكمه ، كما لو كان الآخر معه (وكسبه) بجزئه الحر لورثته (وإرثه به) ؛ أي : بجزئه الحر (لورثته) دون مالك باقيه (فابن نصفه حر و) معه (أم وعم حران) لو كان الابن كامل الحرية كان للأم السدس ، وله الباقي ، وهو نصف وثلث ، ولا شيء للعم (فله) ؛ أي : الابن مع نصف حريته (نصف ماله لو كان حرا) كله (وهو ربع وسدس) بنصفه الحر (وللأم ربع) لأن الابن الحر يحجبها عن سدس ، وذلك ربع (والباقي)

وهو ثلث (للعم) تعصيباً ، وتصح من اثنى عشر ، للأم ثلاثة ، وللمبعض خمسة ، وللعم أربعة (وكذا) كل عصبة نصفه حر مع ذي فرض ينقص به نصيبه فإ(ن لم ينقص ذو فرض بعصبة كجدة وعم) حرين (مع ابن نصفه حر فله) ؛ أي : الابن (نصف الباقي بعد إرث الجدة) وهو ربع وسدس، والباقي للعم ، وتصح من اثنى عشر ، للجدة اثنان ، وللابن خمسة ، وللعم خمسة (ولو كان معه) ؛ أي : المبعض (من يسقطه) المبعض (بحريته التامة كأخت) للميت (وعم حرين) مع ابن مبعض (فله) ؛ أي : الابن (نصف) التركة (وللأخت نصف ما بقي) بعدما أخذه الابن (فرضاً ،وللعم ما بقي)بعدهما تعصيباً، وتصح من أربعة، للابن المبعض اثنان، وللأخت واحد ،وللعم كذلك، فإن كانت الأخت لأم ؛ فلها نصف السدس ، وتصح من اثني عشر ، للابن المبعض ستة ، وللأخت لأم واحد ، وللعم خمسة (وبنت وأم نصفها حر و) معها (أب حر) كله (للبنت نصف مالها لو كانت حرة ؛ وهو ربع)لأنها ترث النصف لو كانت حرة (وللأم مع حريتها ورق البنت ثلث و) لها (سدس مع حرية البنت ؛ فقد حجبتها) ؛ أي : الأم (حريتها) ؛ أي : البنت (عن السدس فبنصفها) ؛ أي :حرية البنت (تحجبها) ؛ أي : الأم (عن نصفه)؛أي:السدس (يبقى لها) ؛ أي : الأم (الربع لو كانت حرة ؛ فلها بنصف حريتها نصف) الربع (وهو ثمن والباقي) وهو نصف وثمن (للأب) فرضاً وتعصيباً ،وتصح من ثمانية ، للأم واحد ، وللبنت اثنان ، وللأب خمسة (وإن شئت نزلتهم) ؛ أي : المبعضين من الورثة (أحوالا كتنزيل الخناثى) الوارثين ومن معهم ،ففي مسألة حرية الأم والبنت من ستة ، للأم واحد ، وللبنت ثلاثة ، والباقي للأب فرضاً وتعصيباً . ومسألة رقها من واحد ؛ لأن المال كله للأب فرضاً وتعصيباً ومسألة حرية الأم وحدها من ثلاثة ، للأم واحد ، وللأب اثنان ، وكلها داخلة في الستة ، فتكتفي بها ، وتضربها في أربعة أحوال تكن أربعة وعشرين ،

للبنت النصف في حالين، وهما حال حريتها وحرية الام، وحال حريتها وحدها، وإذا جمعت اثني عشر واثني عشر، وقسمت أربعة وعشرين على أربعة عدد الأحوال يخرج لها ستة، وللأم السدس في حال والثلث في حال، اثنا عشر على أربعة، فلها ثلاثة، وللأب الباقي خمسة عشر، وترجع بالاختصار إلى ثمانية.

(وإذا كان) في الورثة (عصبتان نصف كل) منهما (حر) سواء (حجب أحدهما الآخر كابن وابن ابن) معه (أو لا) يحجب أحدهما الآخر (كأخوين وابنين لم تكمل الحرية فيهما) لأن الشيء لا يكمل بما يسقطه، ولا يجمع بينه وبين ما ينافيه، ولو كملت لم يظهر للرق فائدة، ففي ابن وابن ابن نصف كل حر؛ للابن نصف، ولابن الابن ربع، والباقي للعم ونحوه (ولهما)؛ أي: أخوي الميت أو ابنيه إذا كان نصف كل واحد منهما حرا (مع عم) حر (أو نحوه) كابن عم (ثلاثة أرباع المال) بالسوية بينهما (بالخطاب) بأن تقول لكل منهما لك المال لو كنت حراً وأخوك رقيقاً، ونصفه لو كنتما حرين؛ فيكون لك ربع وثمن (والأحوال) بأن تقول: مسألة حريتهما من اثنين، ورقهما أو رق كل منهما مع حرية الآخر من واحد، وتكتفي باثنين، وتضربها في أربعة تكن ثمانية، وكل منهما له المال في حال، ونصفه في حال، فإذا قسمت على ذلك على أربعة يخرج له ثلاثة، وبقي للعم اثنان.

(ولابن وبنت نصفهما حر مع عم) حر (خمسة أثمان المال على ثلاثة) لأن مسألة حريتهما من ثلاثة وحرية الابن وحده من واحد وكذا رقهما، ومسألة حريتها وحدها من اثنين، فاضرب اثنين في ثلاثة بستة، واضربها في عدد الاحوال أربعة بأربعة وعشرين، للابن المال في حال، وثلثاه في حال، فاقسم أربعين على أربعة يخرج له عشرة، وللبنت النصف في حال والثلث في حال، فاقسم عشرين على أربعة يخرج لها خمسة، ومجموع عشرة الابن وخمسة البنت خمسة عشر، وهو خمسة أثمان الأربعة والعشرين، والباقي للعم تسعة.

(و) ابن وبنت نصفهما حر (مع ام) وعم حرين (فلها) ؛ أي : الأم (السدس ، وللابن خمسة وعشرون من أصل اثنين وسبعين ، وللبنت أربعة عشر) وللعم ما بقي ؛ لأن مسألة حريتهما تصح من ثمانية عشر ؛ للأم السدس ثلاثة ، وللابن عشرة ، وللبنت خمسة . ومسألة رقهما من ثلاثة ، للأم واحد ، وللعم اثنان . ومسألة حرية الابن من ستة ، وكذا مسألة حرية البنت ، وكلها داخلة في الثمانية عشر ، فاضربها في أربعة عدد الأحوال تبلغ اثنين وسبعين ؛ للأم السدس اثنا عشر لأن كلا من نصف حرية الابنين يحجبها عن الثلث الى السدس . قاله في « الإنصاف » وغيره (وللأم مع الابنين) اللذين نصفهما حر (سدس) لأنهما لو كانا رقيقين كان لها ثلث ، فحجبها كل منهما بنصف حريته عن نصف السدس (ولزوجة) مع ابنين نصفهما حر (ثمن) لأنهما لو كانا رقيقين كان لها ربع . فحجبهـا كل منهما بنصف حريته عن نصف الثمن ، وخالف في « الإقناع » في هذه والتي قبلها ، فجعل للأم في الأولى سدساً وربع سدس ، وفي الثانية للزوجة ثمناً وربع ثمن تبعـاً لما قدمه الشارح ، وما مشى عليه المصنف قطع به في « التنقيح » ، واختاره في « الإنصاف » وغيره ، وجزم به في « المنتهى » فكان على المصنف أن يقول خلافاً له .

(وابنان نصف أحدهما قن ، المال بينهما أرباعاً تنزيلا لهما) لأن مسألة حرية المبعض من اثنين ومسألة رقه من واحد ، فتضرب الاثنين في الحالين بأربعة ، للحر من الحرية واحد في واحد ، ومن الرقية واحد في اثنين ، ومجموعهما ثلاثة ، وللمبعض واحد من الحرية في واحد ، ولا شيء له مع الرق (و) كذلك المال بينهما أرباعا (خطابا بأحوالهما) بأن تقول لو كان المبعض حراً لحجب أخاه عن نصف المال ، فنصفه يحجبه عن نصف النصف ، وهو ربع ؛ فله ثلاثة أرباع ، وتقول للمبعض لو كنت كامل الحرية لكان لك نصف المال ؛ فلك بنصف الحرية نصف النصف ، وهو الربع .

(وان هايأ مبعض سيده ، أو قاسمه) ؛ أي : سيده (في حياته فكل تركته) ؛ أي : المبعض (لورثته) لأنه لم يبق لسيده معه حق ، وإذا اشترى المبعض من ماله الخاص به رقيقاً ، واعتقه فولاؤه له ،ويرثه وحده حيث يرث ذو الولاء كذلك . أشار اليه ابن نصر الله .

(فصل : ويرد على) كل (ذي فرض) بعضه حر (و)يرد أيضاً على كل (عصبة) بعضه حر (ان لم يصبه) من التركة (بقدر حريته من نفسه ، لكن أيهما) ؛ أي : العصبة ذوو الفرض (استكمل برد أزيد من قدر حريته من نفسه منع) من(الزيادة) على قدرحريته من نفسه (وردعلى غيره انأمكن) بان كان هناك من لم يصبه بقدر حريته من المال (وإلا) يمكن ذلك (فلبيت المال) كما لو لم يكن ثمة مبعض.

(فلبنت نصفهاحر) ولا وارث معها غيرها(نصف بفرض ورد) الربع فرضاً ، والباقي رداً ، ومـا بقي لبيت المال (ولابن مكانها) ؛أي : البنت (النصف بعصوبة والباقي فيهما)؛أي:المسألتين لذي الرحم إن كان كما ذكره في الشرح في بعضالصور،ويعلم مما تقدم،وإلا فهو (لبيتالمال) في الصورتين .

(ولابنين نصفهما حران لم نورثهما المال كله) بل ثلاثة أرباعه كما تقدم (البقية) وهي ربع رداً (مع عدم عصبة) غيرهما ، فيأخذ كل منهماالنصف تعصيباً ورداً (ولبنت وجدة نصفهما حر المال نصفان بفرض ورد ، ولا يرد هنا) ؛ أي : في هذه الصورة وشبهها (على قدر فرضيهما ؛ لئلا يأخذ من نصفه حر فوق نصف التركة) وهو ممنوع (ومع حرية ثلاثة أرباعهما ؛ المال بينهما أرباعا) فيرد عليهما (بقدر فرضيهما ؛ لفقد الزيادة الممتنعة) لأن البنت لم تزد على ثلاثة أرباع ، وهي بقدر حريتها (و) يكون لبنت وجـدة (مع حرية ثلثيهما الثلثان) بينهما (بالسوية ، والباقي لبيت المال) لئلا يأخـذ من ثلثه حر أكثر من ثلث التركة .

باب الولاء

(الولاء) ؛ أي : باب الميراث بالولاء وجوه وروده .

الولاء لا يورث ، وإنما يورث به فهو من إضافة الشيء إلى سببه ؛ لأن سبب الميراث هنا الولاء ، ولا شك أنه من جملة الأسباب التي يتوارث بها .

والولاء – بفتح الواو ممدود – وهو في اللغه الملك ، وفي الشرع (ثبوت حكم شرعي) ؛ أي : عصوبة ثابتة (بعتق أو تعاطي سببه) ومعناه إذا اعتق رقيقاً ذكراً كان أو أنثى أو خنثى ، صغيراً أو كبيراً صار له عصبة في جميع أحكام التعصيب عند عدم العصبة من النسب كالميراث وولاية النكاح والعقل . والأصل فيه قوله تعالى : «فإن لم تعلموا آباءهم فإخوانكم في الدين ومواليكم»[1] يعني الأدعياء مع قوله عليه الصلاة والسلام : « الولاء لمن أعتق » . متفق عليه . وإنما تأخر الولاء عن النسب ، لقوله عليه الصلاة والسلام في حديث عبد الله بن أبي أوفى : «الولاء لحمة كلحمة النسب» . رواه الخلال ، ورواه الشافعي وابن حبان من حديث ابن عمر مرفوعاً ، وفيه : « لا يباع ولا يوهب » . شبهه بالنسب والمشبه دون المشبه به ، وأيضاً فإن النسب أقوى منه ؛ لأنه تتعلق به المحرمية ، ووجوب النفقة ورد الشهادة ونحوها ، بخلاف الولاء .

(فمن أعتق قناً أو) أعتق (بعضه فسرى) العتق (لباقيه) فله عليه الولاء (أو عتق عليه) قن (برحم) كأبيه وأخيه اذا ملكه (أو) عتق عليه ب(عوض) بأن اشترى نفسه من سيده ، فعتق عليه ؛ فله ولاؤه نصاً ، وكذا لو قال له : أنت حر على أن تخدمني سنة ونحوه (أو) عتق عليه ب (كتابة) بأن كاتبه فأدى

---

(١) سورة الاحزاب ، الآية : ٥

ما كوتب عليه ؛ عتق ، ولا فرق بين أن يؤدي الى سيده أو الى ورثته؛ لأن عتقه بكتابته، وهي من سيده (أو) عتق عليه بـ(تدبير) بأن قال : اذا مت فأنت حر، ومات ، وخرج من ثلثه (أو) عتق عليه بـ(إيلاد) كأم ولده (أو) عتق عليه بـ(وصية) بأن وصى بعتقه ، فنفذت وصيته ، وكذا إن وصى بعتقه ، ولم يقل عني ، وبتعليق عتقه بصفة ، فوجدت، أو حلف السيد بعتقه ، فحنث، أو بتمثيل به (فله عليه الولاء) لحديث : «الولاء لمن أعتق» . متفق عليه (في جميع أحكام التعصيب) المذكورة (و) له أيضاً الولاء (على أولاده)؛أي: العتيق (من زوجة عتيقة) لمعتقه أو غيره (و)على أولاده من (سرية و) له الولاء (على من له)؛ أي : العتيق ولاؤه (أو لهم)؛أي: لأولاد العتيق بمن سبقه (وإن سفلوا ولاؤه) لأنه ولي نعمتهم ، وبسببه عتقوا ، ولأنهم فرعه ، والفرع يتبع أصله ، فأشبه مالو باشر عتقهم،وسواء الحربي وغيره،فلو أعتق حربي حربياً ؛ فله عليه الولاء لحديث : «الولاء لمن أعتق» . فإذا جاء المعتق مسلماً فالولاء بحاله ، وأنه وإن سبي المعتق لم يرث مادام عبداً ، فإذا أعتق؛ فعليه الولاء لمعتقه ، وله الولاء على عتقه ، ويثبت الولاء للمعتق (حتى لو) كان (أعتقه سائبة كـ)قوله : (أعتقتك سائبة أو) قال : أعتقتك و(لا ولاء لي عليك) لعموم حديث : «الولاء لحمة كلحمة النسب » . فكما أنه لا يزول نسب إنسان ولا ولد عن فراش بشرط لا يزول ولاء عن عتيق به ، ولذلك لما أراد أهل بريرة اشتراط ولائها على عائشة قال صلى الله عليه وسلم : : «اشتريها واشترطي لهم الولاء فإنما الولاء لمن أعتق». يريد أن اشتراط تحويل الولاء عن المعتق لا يفيد شيئاً . وروى مسلم بإسناده عن هذيل بن شرحبيل قال : جاء رجل الى عبد الله فقال : إني أعتقت عبداً لي، وجعلته سائبة ، فمات ، وترك مالاً ، ولم يدع وارثا ، فقال عبد الله : إن أهل الإسلام لا يسيبون ، وان أهل الجاهلية كانوا يسيبون ، وأنت ولي نعمته ،فإن تأثمت وتحرجت من شيء فنحن نقبله ، ونجعله في بيت المال (أو) أعتقه (في زكاته

أو) في (نذره أو) في (كفارته) فله ولاؤه ؛ لما تقدم ، ولأنه معتق عن نفسه ، بخلاف من أعتقه ساع من زكاة ، فولاؤه للمسلمين ؛ لأنه نائبهم (إلا اذا أعتق مكاتب) بإذن سيده (رقيقاً) فولاؤه لسيد المكاتب دون المعتق (أو كاتبه) ؛ أي : كاتب المكاتب رقيقاً بإذن سيده (فأدى) الثاني ما كوتب عليه قبل الأول (ف) الولاء (للسيد) فيهما ؛ لأن المكاتب كالآلة للعتق ؛ لأنه لا يملكه بدون إذن سيده ، ولأنه باق على الرق ؛ فليس أهلاً للولاء (ولا يصح عتقه) ؛أي :أن يعتق المكاتب أو يكاتب (بدون إذن سيده) لأنه محجور عليه لحظه.

(ولا ينتقل ولاء ببيع) لـ(مكاتب) مأذون له في العتق (و) لا بـ (عتقه) ؛ أي: عتق المكاتب المأذون له ، ولو كان عتقه إياه (عند مشتريه) ؛أي: لمكاتب، بل يبقى ولاؤه لمن أذن في عتقه . قال أحمد في رواية ابن منصور: من أذن لعبده في عتق عبد فأعتقه ، ثم باعه؛ فولاؤه لمولاه الأول (ويرث ذو ولاء به) ؛ أي: بالولاء (عند عدم نسيب وارث) مستغرق ؛ لحديث ابن عمر مرفوعاً : «الولاء لحمة كلحمة النسب». وتقدم.

(ثم) يرث بولاء (عصبته) ؛ أي : المعتق (بعده الأقرب فالأقرب) نسباً كابن وابن ابن وأخ وعم لغير أم ذكراً كان المعتق أو أنثى ، فإن لم يكن للمعتق عصبة من النسب ؛ فالميراث لمولى المعتق أو لعصبته الأقرب فالأقرب كذلك ثم لمولى المولى ، ثم عصبته كذلك أبداً اتفاقاً ؛ لما روى أحمد بإسناده عن زيد ابن أبي مريم : « أن امرأة أعتقت عبداً لها ، ثم توفيت ، وتركت ابناً لها وأخاها ثم توفي مولاها من بعدها، فأتى أخو المرأة وابنها الى رسول الله صلى الله عليه وسلم في ميراثه ، فقال صلى الله عليه وسلم : ميراثه لابن المرأة ، فقال أخوها يا رسول الله : لو جرّ جريرة كانت عليّ ، ويكون ميراثه لهذا ؟! قال : نعم » .

(فائدة) : لو أعتق كافر مسلماً ، فخلف المسلم العتيق ابناً لسيده كافراً

وعما لسيده مسلماً ، فمال العتيق لابن سيده ؛ لأنه أقرب من عمه ، ومخالفته له في الدين غير مانعة لإرثه ، وإن تزوج حر الأصل أمة ، فعتق ولدها على سيدها بشيء مما سبق ، بمباشرة أو سبب ؛ فلسيدها ولاؤه ؛ لأنه المعتق .

(ومن لم يمسه عتق ، وأحد أبويه عتيق ، والآخر حر الأصل) كأن تزوج حر الأصل بعتيقة ، أو عتيق بحرة الأصل (أو) كان أحد أبويه عتيقاً والآخر (مجهول النسب ؛ فلا ولاء عليه) لأحد ؛ لأن الأم لو كانت حرة الأصل تبعها ولدها لو كان أبوه رقيقاً في انتفاء الرق ؛ ففي انتفاء الولاء وحده أولى ، وإن كان الوالد حر الأصل ؛ فالولد يتبعه أن لو كان عليه الولاء ، بحيث يصير الولاء عليه لمولى أبيه ؛ فلأن يتبعه في سقوط الولاء عنه أولى ، ومجهول النسب محكوم بحريته أشبه معروف النسب ، والأصل في الآدميين الحرية وعدم الولاء ؛ فلا يترك في حق الولد بالوهم كما لم يترك في حق الأب .

(ومن أعتق قنه عن) مكلف رشيد (حيّ بأمره) له بإعتاقه (فولاؤه لمعتق عنه) كما لو باشره (و) إن أعتقه عن حي (بدونه) ؛ أي : أمره له فلمعتق (أو) أعتق رقيقه (عن ميت فـ)ـولاؤه (لمعتق) لحديث : «الولاء لمن أعتق» . ولأنه أعتقه بغير أمر معتق عنه ، أشبه ما لو لم يقصد غيره ، والثواب لمعتق عنه (الا من أعتقه وارث) أو وصي (عن ميت له تركة في واجب عليه) ؛ أي : الميت ، ككفارة ظهار أو وطء في نهار رمضان أو نذر أو كفارة قتل (فـ)ـيقع العتق عن الميت والولاء (للميت) لمكان الحاجة الى ذلك ، وهو احتياج الميت الى براءة ذمته ، ولأن الوارث كالنائب عن الميت في أداء ما عليه ، فكأن العتق منه . قال الشيخ تقي الدين : بناء على أن الكفارة ونحوها ليس من شرطها الدخول في ملك المكفّر عنه .

(ويصح عتقه) ؛ أي : الوارث عن الميت في كفارة اليمين ، كما لو كفّر

عن نفسه ، ولو لم يوص الميت بالعتق (ولو) كانت الكفارة عن يمين (لم يتعين) العتق ، وله الإطعام والكسوة .

(وإن تبرع) وارث (بعتقه) عن الميت في واجب عليه (ولا تركة) للميت (أجزأ) العتق عنه (كـ)ما لو تبرع عنه بإطعام أو كسوة في كفارة يمين ، وإن تبرع بها (أجنبي) بعتق أجزأ كقضائه عنه ديناً .

(ولمتبرع) وارث أو أجنبي بعتق (الولاء) على العتيق (قال) الإمام (أحمد) رضي الله عنه في العتق عن الميت : إن أوصى به فالولاء له ، وإلا فللمعتق ، وقال في رواية الميموني وأبي طالب (في الرجل يعتق عن الرجل : الولاء لمن أعتقه ، والأجر للمعتق عنه و) اذا قال إنسان لآخر : (اعتق عبدك) أو أمتك (عني) فقط (أو) قال له : اعتق عبدك أو أمتك (عني مجاناً ، أو) قال : أعتقه عني (وثمنه علي" ؛ فلا) يجب (عليه) ؛ أي: مالك الرقيق (أن يجيبه) ؛ أي: السائل الى عتق رقيقه ؛ لأنه لا ولاية له عليه (وإن فعل) بأن أعتق المقول له الرقيق الذي قال له : أعتقه (ولو بعد فراقه) ؛ أي : مفارقته المجلس (عتق ، والولاء) عليه (لمعتق عنه) كما لو قال له : أطعم عني أو اكس عني (و) لا (يلزم) ؛ أي : القائل اعتق عبدك عني (ثمنه) ؛ أي: العتيق الا (بالتزامه) بأن قال: أعتقه وعلي" ثمنه ، وصح: كلما أعتقت عبداً من عبيدك ؛ فعلي" ثمنه ، وإن لم يبين العــــدد والثمن. ذكره في «الاختيارات» في الإجارة (ويجزئه) ؛ أي: القائل هذا المعتق (عن واجب) عليه من نذر أو كفارة ، والمراد اذا نواه (ما لم يكن) العتيق (قريبه) ؛ أي: من ذي رحم القائل المحرم له ؛ فيعتق عليـــه ، ولا يجزئه عن واجب ، ويأتي في الكفارات .

(و) إن قال لمالك رقيق : (أعتقه وعلي ثمنه) ولم يقل عني (أو زاد عنك) بأن قال : أعتقه عنك ، وعلي ثمنه (ففعل) ؛ أي: أعتقه (عتق ، ولزم قائلا ثمنه) ؛ أي: قيمته لا ثمنه الذي اشتراه به ، إلا أن يكون الثمن معيناً معلوماً

بينهما ؛ فيصح لعلمه ما جوعل عليه. أشار اليه ابن نصر الله (وولاؤه لمعتق) لانه لم يأمره بإعتاقه عن نفسه ، ولم يقصده به المعتق ، فلم يوجد ما يقتضي صرفه اليه ، فبقي للمعتق ؛ لحديث : «الولاء لمن أعتق» . (ويجزئه) ؛أي: المعتق هذا العتق (عن واجب) عليه من نذر أو كفارة .

(ولو قال) لمالك قن: (اقتله على كذا فلغو) لأنه على محرم .

(وإن قال كافر) لشخص مسلم أو كافر : (اعتق عبدك المسلم عني ، وعلي ثمنه ففعل) ؛ أي: أعتقه عن الكافر ؛ لأنه إنما يملكه زمناً يسيراً ، ولا يتسلمه ، فاغتفر هذا الضرر اليسير لأجل تحصيل الحرية للأبد التي يحصل بها نفع عظيم ؛ لأن الإنسان بها يصير متهيئاً للطاعات وكمال القربات (وولاؤه للكافر) لأن المعتق كالنائب عنه (ويرث) الكافر (به) ؛أي: بالولاء من المعتق المسلم (و كذا كل من باين دين معتقه) لعموم حديث : « الولاء لمن أعتق » . وروي ارث الكافر من المسلم بالولاء عن علي ، واحتج أحمد بقول علي : الولاء شعبة من الرق ، فلم يضر تخالف الدين ، بخلاف الإرث بالنسب .

(فصل : ولا يرث نساء بولاء إلا من أعتقن)؛ أي : من باشرن عتقه (أو أعتق من اعتقن) ؛أي: عتيق من باشرن عتقه (أو) من (كاتبن) فأدى ، وعتق (أو) من (كاتب من كاتبن) ؛ أي : مكاتب من كاتبه النساء اذا أدى وعتق (وأولادهم) ؛أي: أولاد من تقدم أن لهن ولاءه من أمة أو عتيقة (ومن جروا) ؛ أي : معاتيقهن وأولادهن (ولاءه) بعتقهم إياه . روي ذلك عن عمر وعثمان وعلي ؛ لما روى عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده قال : ميراث الولاء للكبر من الذكور ولا يرث النساء من الولاء إلا ولاء من أعتقن . ولأن الولاء شبه بالنسب ، والمولى العتيق من المولى المنعم بمنزلة أخيه أو عمه ، فولده من العتيق بمنزلة ولد أخيه أو ولد عمه ، ولا يرث منهم إلا الذكور خاصة ،

وأما إرث المرأة من عتيقهـا وعتيقه ، ومكاتبها ومكاتبه ، فبلا خلاف ؛ لأنها منعمة بالإعتاق كالرجل ، فوجب أن تساويه في الإرث .

(ومن نكحت عتيقها) وحملت منه ، ثم مات (فهي القائلة: إن ألد أنثى؛ فلي النصف) لأن للبنت النصف ، وللزوجة الثمن ، والباقي لها تعصيباً (و) إن ألد (ذكراً ف) لي (الثمن) لأنها زوجة مع ابن ، ولا ترث بالولاء مع العصبة من النسب (وإن لم ألد ف)لي (الجميع) لأنها ترث الربع فرضاً ، والباقي تعصيباً (ولا يرث به) ؛أي: الولاء (ذو فرض غير أب) لمعتق مع ابنه (وجد) لمعتق (مع ابن)له، أو ابن ابن وإن نزل ؛ فيرث كل منهما (سدساً و) غير (جد) لمعتق وإن علا (مع إخوة) ذكوراً اذا اجتمعوا ، فيرث الجد معهم (ثلثاً) كاملاً (إن كان) الثلث (أحظ له) ؛أي: الجد بأن زاد الإخوة على مثليه ، وإلا قاسمهم كأخ نصاً ، وإن كان معهم ذو فرض؛ فالأحظ من ثلث الباقي أو سدس جميع المال، وإن نقص الإخوة عن اثنين؛ قاسمهم، وكذا بقية مسائله على ما تقدم في ميراث الجد مع الإخوة .

(وترث عصبة ملاعنة عتيق ابنها) لأن عصبة أمه هي عصبته كما تقدم (وعند ابن أبي موسى إن) مات العتيق ، ولم يترك عصبة من النسب ولا ذا فرض و (لم يكن المعتق عصبة) من النسب ولا من الولاء (ورثه الرجال ذوو أرحام معتقة) دون نسائهم (فإن فقدوا) ؛أي: الرجال من ذوي أرحام معتقه (ف) يكون ميراثه (لبيت المال) يصرف في مصالح العامة (كما لو خلف) العتيق (بنت معتقه و) خلف (معتق أبيه فقط) ؛أي:دونه،يعني لم تكن حريته بإعتاق معتق ، بل كانت بتبعية أبيه ؛ فميراثه لبيت المال ؛ لأنه اذا ثبت عليه الولاء من جهة مباشرته بالعتق ؛ لم يثبت عليه بإعتاق أبيه ، واذا لم يكن لمولاه الا بنت لم ترث ؛ لأنها ليست عصبة ، وإنما يرث عصبات المولى ، فإذا لم يكن له عصبة لم يرجع الى معتق أبيه ، وأما اذا كانت حرية العتيق حصلت بإعتاق

معتق أبيه ، أو بإعتاق أبي المعتق ؛ فميراثه لمعتق أبيه ؛ لأنه إما معتقه أو ابن معتق أبيه ، فان لم يكن فلعصبته ، فإن لم تكن عصبة ؛ فلمعتق معتق أبيه ، فإن لم يكن فلبيت المال ، ولا يرجع الولاء لمعتق جـده ؛ لأنه ليس معتقاً ولا معتق معتق ، ولا عصبة معتق أفاده في «المغني» .

(تتمة) : اذا تزوج عبد حرة الأصل ، فأولدهـا ولداً ، ثم أعتق العبد ومات ثم مات الولد ، فلا ميراث لمعتق أبيه ؛ لأنه لا ولاء عليه ، ولو كان ابنتان على هذه الصفة اشترت إحداهما أباها ، فعتق عليها ؛ فلها ولاؤه ، وليس لها ولاء على أختها ، فإذا مات أبوهما ؛ فلهما الثلثان بالنسب ، ولها الباقي بالولاء ، فإذا ماتت أختها فلهـــا نصف ميراثها بالنسب ، وباقيه لعصبتها فإن لم يكن لها عصبة ؛ فالباقي لأختها بالرد ، ولا ميراث لها منها بالولاء ؛ لأنها لا ولاء عليها . قاله في «المغني» .

(ولا يباع ولاء ولا يوهب ولا يوقف ولا يوصى به) لحديث : « الولاء لحمـة كلحمة النسب » . ولأن الولاء معنى يورث به ؛ فلا ينتقل كالقرابة ؛ فلا يجوز أن يوالي غير مواليه ، ولو بإذنهم (ولا يورث) الولاء ؛ لأنه لا ينتقل عن المعتق بموته (وإنما يرث به) ؛أي: الولاء (أقرب عصبة السيد) ؛أي: المعتق (اليه يوم موت عتيقه وهو) ؛ أي : هذا الذي ذكرناه (المراد بالكبر) بضم الكاف وسكون الموحدة المذكور (في حديث) عمرو بن شعيب السابق وهو (ميراث الولاء للكبر من الذكور ، فلو مات سيد) ؛أي: معتق (عن ابنين ، ثم) مات (أحدهما) ؛أي: الابنين (عن ابن ، ثم مات عتيقه) ؛ أي : السيد (فإرثه لابن سيده) دون ابن ابنه ؛ لأن الولاء للكبر ، ولأنه أقرب عصبته اليه .

(ولو ماتا) ؛أي: ابنا السيد (قبل العتيق ، وخلف أحدهما) ؛أي: الابنين (ابناً) واحداً (و) خلف الابن (الآخر أكثر) من ابن كتسعة (ثم مات العتيق ؛ فإرثه) بينهم (على عددهم) كإرثهم جدهم بالنسب ، فيكون لكل واحد منهم

في المثال عشر التركة. قال أحمد : روي هذا عن عمر وعثمان وعلي وزيد بن حارثة وابن مسعود ، وبه قال أكثر أهل العلم، إذ الولاء لا يورث كما تقدم، وانما يورثون به كما يرثون بالنسب ؛ لحديث : « الولاء لمن أعتق » . وحديث : «الولاء لحمة كلحمة النسب »، وعصبة السيد انما يرثون العتيق بولاء معتقه لا نفس الولاء (ولو اشترى أخ وأخته أباهما) أو اشتريا أخاهما ونحوه ، وعتق عليهما بالملك (فملك) الأب أو الأخ ونحوه (قناً ، فأعتقه ، ثم مات) الأب أو الأخ ونحوه (ثم) مات (العتيق، ورثه الابن) أو الاخ ونحوه (بالنسب دون أخته) لكونه عصبة المعتق ، فقدم على مولاه ، بخلاف أخته فلا ترث منه (بالولاء وغلط فيها خلق كثير) قال في «الإنصاف» : (ويروى عن مالك) أنه قال : (سألت عنها سبعين قاضياً) من قضاة العراق (فأخطأوا) فيها (ولو مات الابن) المذكور (ويتجه و) الحال أنه (لا عصبة له) ؛ أي: الابن ؛ إذ لو كان له عصبة ؛ لحاز التركة ، كما لا يخفى ، وهو متجه[1]. (ثم) مات (العتيق ورثت) بنت معتق العتيق ومولاته ونحوها (منه) ؛ أي: العتيق بالولاء (بقدر عتقها من الأب) أو الاخ ونحوه الذي هو معتق العتيق إن لم يكن للأب عصبة من النسب (والباقي) من تركة عتيق عتيقها يكون (بينها وبين معتق أمها إن كانت) أمها (عتيقة) ولو قال : وبين معتق أمهما أو أمه ؛ أي : الابن لكان أولى ، ووجه ذلك أنه اذا كانت ام الابن والبنت عتيقة وأبوهما عند ولادتها رقيقاً فلما اشتريا أباهما سوية، وعتق عليهما انجر للابن بعتقة نصف أبيه نصف ولاء أخته فقط، دون نصف نفسه ، كما لا يرث نفسه ، وانجر للبنت نصف ولاء أخيها كذلك ، فينجر لكل واحد منها من ولاء الآخر بقدر ما عتق عليه من الأب ، وباقي ولاء كل منهما باق لمولى الأم بحاله ، فلما مات الاب والابن ، ثم عتيق الاب ،

---

(١) أقول : ذكره الجراعي ، وهو مصرح به . انتهى .

ولم يبق إلا البنت ومعتق الام، كان نصف ولاء عتيق الاب للبنت ؛ لعتقهـا لنصف الاب المعتق لما له ، ونصف ولائه الباقي للابن ؛ لعتقه أيضاً لنصف الاب المعتق له ، فحيث كان الابن ميتاً كان هـذا النصف لمن له ولاء الابن ، أعني البنت ومولى الام ، فإن ولاء الابن بينهما نصفين ؛ لما علمت من انجرار نصف ولائه للبنت ، وبقاء نصفه الآخر لمولى الام، هذا مقتضى ما سيذكره في الفصل بعده . ولو اشتريا أخاهما ، فعتق عليهما ، ثم اشترى عبداً فأعتقه ، ومات الاخ المعتق قبل موت العبد ، وخلف ابنه ، ثم مات العبد ، فميراثه لابن الأخ دون الاخت ؛ لأنـه ابن أخي المعتق ، فإن لم يخلف الأخ الا بنته ؛ فنصف مال العبد للأخت ؛ لأنها معتقة نصف معتقه ، ولا شيء لابنت الأخ ، والبـاقي لبيت المـال .

(ومن خلفت ابناً وعصبة) من اخوة وأعمام (ولها عتيق فولاؤه)؛ أي : العتيق (وارثه لابنها) لأنه أقرب عصبتها (إن لم يحجبه) ؛ أي : ابنها (نسيب) العتيق (وعقله)؛أي: العتيق (عليه)؛ أي: الابن (وعلى عصبتها ، فإذا باد) ؛ أي: انقرض (بنوها ، وان سفلوا فـ)ولاء عتيقها (لعصبتها) الأقرب فالأقرب (دون عصبة بنيها) لأن الولاء لا يورث ؛ لما روى ابراهيم ، قال : اختصم علي والزبير في مولى صفية ، فقال علي : مولى عمتي ، وأنا أعقل عنه ، وقال الزبير : مولى أمي وأنا أرثه ، فقضى عمر على علي بالعقل ، وقضى للزبير بالميراث . رواه سعيد، واحتج به احمد ، وهذه قضية مشهورة ، وعن الشعبي قال : قضى بولاء صفية للزبير دون العباس، وقضى بولاء أم هانىء لجعدة بن هبيرة دون علي، ولا يمتنع كون العقل على العصبة ، والميراث لغيرهم ؛ كما قضى النبي صلى الله عليـه وسلم بميراث المرأة التي قتلت هي وجنينها لبنتها ، وعقلها على العصبة » .

(فائدة): وان كان المولى حياً، وهو رجل عاقل موسر؛ فعليه من العقل، وله من الميراث ؛ لأنـه عصبة معتقه، وإن كان صبياً أو امرأة أو معتوهاً ؛

فالعقل على عصباته ، والميراث له ؛ لأنـــه ليس من أهل العقل ، فأشبه ما لو جنوا جناية خطـأ ؛ كان العقل على عصباتهم ، ولو جنى عليهم كان الأرش لهم .

(فصل : في جرّ الولاء ودوره) ؛ أي : الولاء (من باشر عتقاً) بأن قال للقن: أنت حر (أو عتق عليه) قن بسبب كرحم أو كتابة أو إيلاد أو تدبير أو وصية بعتق ونحوه (لم يزل ولاؤه) عنه (بحال) ؛ لحديث : « إنما الولاء لمن أعتق » .

(ويتجه) أن محل عدم زوال ولاء مولاه عنه معتبر (ما لم) يكن العتيق كافراً ، أو يعتقه سيده الذمي ، فيهرب لدار الحرب (يرق ثانياً ، ويعتق) فإن رق ثانياً وأعتق ؛ فولاؤه لمعتقه الثاني ؛ لبطلان ولاء الأول بمجرد عود العتيق الى الرق. وهو متجه[1] . ويأتي .

(فإن تزوج عبد) ومثله المكاتب والمدبر والمعلق عتقه بصفة ، امرأة(معتقة) لغير سيده ، فأولدها (فولاء من تلد لمولى أمه) التي هي زوجة العبد ، فيعقل عنه ، ويرثه اذا مات ؛ لكونه سبب الإنعام عليه ؛ لأنه إنما صار حراً بسبب عتق أمه (فإن أعتق الأب ؛ أي : العبد الذي هو أبو المعتقة (سيده) فله ولاؤه و (جر ولاء ولده) عن مولى أمه العتيقة الى معتقه ، فيصير له الولاء على العتيق وأولاده ؛ لأن الأب لما كان مملوكاً لم يكن يصلح وارثا ولا ولياً في نكاح ، فكان ابنه كولد الملاعنـــة ينقطع نسبه عن أبيه ، فيثبت الولاء لمولى أمه ، وينتسب اليها ، فإذا عتق الأب صلح الانتساب اليه ، وعاد وارثا ولياً ، فعادت النسبة اليه والى مواليه ، وصار بمنزلة ما لو استلحق الملاعن ولده . وروى عبد الرحمن عن الزبير أنه لمـا قدم خيبر رأى فتية لعساء ، فأعجبه ظرفهم وجمالهم ،

---

(١) أقول : قول شيخنا : ويأتي ، أي : التصريح به . انتهى .

فسأل عنهم ، فقيل له : إنهم موالي رافع بن خديج وأبوهم مملوك لأهل الحرقة ، فاشترى الزبير أباهم ، فأعتقه وقال لأولاده : انتسبوا الي ؛ فإن ولاءكم لي ، فقال رافع بن خديج : الولاء لي ؛ لأنهم عتقوا بعتقي أمهم ، فاحتكموا الى عثمان ، فقضى بالولاء للزبير ، فاجتمعت الصحابة عليه. واللعس سواد في الشفتين تستحسنه العرب .

(ولا يعود) الولاء الذي جره مولى الأب (لمولى الأم بحال) ؛ أي : لو انقرض موالي الأب فالولاء لبيت المال دون موالي الأم ؛ لأن الولاء يجري مجرى النسب . ولو انقرض الأب وآباؤه لم يعد النسب الى الأم ، فكذا الولاء ، فلو ولدت بعد عتق الأب كان ولاء ولدهـا لموالي أبيه بغير خلاف .

(ويتجه) أن الولاء لا يعود لمولى الأم بحال (ما لم ينفه) أبوه (بلعان) فإن نفاه أبوه بلعان عاد ولاؤه الى موالي الأم ؛ لأننا تبينا أنه لم يكن له أب ينتسب الية ، فإن عاد الاب ، فاستلحقه ؛ لحقه ، وعاد الولاء الى موالي الاب، وهو متجه [1] .

وعلم مما تقدم أن لجر الولاء ثلاثة شروط : أن يكون الاب رقيقاً حين ولادة أولاده من زوجته التي هي عتيقة لغير سيده ، وأن تكون الام مولاة، فإن كانت حرة الأصل ؛ فلا ولاء على ولدهـا بحال ، وإن كانت أمة فولدها رقيق لسيدها ، فإن أعتقهم ؛ فولاؤهم له مطلقاً ، لا ينجر عنه بحال ، وإن يعتق العبد سيده فإن مات على الرق ؛ لم ينجر الولاء بحال ، فإن اختلف سيد العبد ومولى الام في العبد بعد موته ، فقال سيده: مات حراً بعد جر الولاء ؛ وأنكر ذلك مولى الام ؛ فالقول قوله ؛ لأن الأصل بقاء الرق. ذكره ابو بكر

---

(١) أقول : وفي نسخة الجراعي مالم ينفه بلعان بغير اتجاه ، وهو الأظهر ؛ فانه مصرح به في « الاقناع » وما قرره شيخنا هي عبارته . انتهى .

(و) كذا (لا يقبل قول سيد مكاتب ميت) له أولاد من زوجة عتيقة (أنه أدي، وعتق ليجر الولاء)؛ أي: ولاء أولاده من مولى أمهم، لأن الأصل عدم الأداء.

(وإن عتق جد) أولاد العتيقة (ولو) كان عتقه (قبل) عتق (أب) لأولاد العتيقة، أو عتق بعد موت الاب (لم يجر)؛ أي: ولاء أولاد ولده عن مولى أمهم. قال احمد: الجد لا يجر الولاء ليس هو كالأب، ولأن الأصل بقاء الولاء لمستحقه، وإنما خولف هذا الأصل؛ لما ورد في الاب، والجد لا يساويه، ولأنه لو أسلم الجد لا يتبعه ولد ولده، ولأن الجد يدلي بغيره؛ فهو كالأخ.

(ولو ملك الولد)؛ أي: ولد العتيقة (أباه) العبد (عتق) عليه بالملك (وجر) الولد (ولاءه)؛ أي: ولاء أبيه؛ لأنه عتق عليه بملكه إياه، فكان له ولاؤه كما لو باشره (و) جر أيضاً (ولاء إخوته) من المعتقة (لنفسه) لأنهم تبع لأبيهم (ويبقى ولاء نفسه)؛ أي: نفس الذي ملك أباه (لمولى أمه؛ فلا يجره)؛ أي: ولاء نفسه (كما لا يرث نفسه، فلو أعتق هذا الولد) الذي هو ولد عبد من عتيقه (عبداً) مع بقاء رق أبيه (ثم أعتق العتيق أبا معتقه) بعد أن انتقل ملكه اليه (ثبت له ولاؤه)؛ أي: ولاء أبي معتقه؛ لمباشرته عتقه (وجر ولاء معتقه) وإخوته بولائه على أبيهم (فصار كل) من الولد المعتق للعتيق ومعتق أبي معتقه (مولى الآخر) لأن الولد مولى معتق أبيه، ومعتق مولى بعتقه لأنه بعتقه أباه جر ولاء معتقه.

(ومثله) في كون كل من اثنين مولى الآخر (لو أعتق حربي عبداً كافراً ف) أسلم العتيق و(سبى سيده فأعتقه) فكل منهما له ولاء صاحبه؛ لأنه منعم عليه بالعتق، ويرث كل منهما الآخر بالولاء.

(وإن سبي عتيق)؛ أي: سبى المسلمون العتيق الأول، وهو الذي أعتقه الحربي قبل إسلامه (فرق، ثم أعتق؛ فولاؤه لمعتقه ثانياً) وحده؛ لأن السبي

يبطل ملك الأول الحربي، فالولاء التابع له أولى، ولأن الولاء بطل باسترقاقه؛ فلم يعد بإعتاقه .

(ويتجه) أن يكون الولاء لمعتقه ثانياً حيث كان العتيق كافراً (ولو) كان المعتق (الأول مسلماً) لأن العتيق كافر أصلي، فجاز استرقاقه باستيلائنا عليه كعتيق الكافر و كغير العتيق (خلافاً له) ؛ أي: لصاحب «الإقناع» في قوله : وان أعتق مسلم كافراً ، فهرب الى دار الحرب ، ثم سباه المسلمون ؛ جاز استرقاقــه ، فإن أعتق عاد الولاء الى الأول . انتهى . وما قاله المصنف هو الصحيح من المذهب ، قدمه في «المحرر» و «الرعايتين » و « والحاوي الصغير» و «الفروع» و«الفائق»، قاله في «الإنصاف» .

(ولا ينجر له) ؛أي: للمعتق الأخير (ما ا)لمعتق (الأول قبل رقه) ؛أي: رق العتيق (ثانياً من ولاء ولد و) من ولاء (عتيق) ثبت ولاؤهما للمعتق الاول قبل أن يسترق ثانياً ؛ لأنه أثر العتق الاول ، فيبقى على ما كان .

(تتمة) : لو تزوج ابن معتقة امرأة معتقه ، وأولدهـا ولداً ، فاشترى الولد جـده ؛ عتق عليــه ، وله ولاؤه ، وانجر اليه ولاء الاب وسائر أولاد جده ، وهم أعمامه وعماته ، وولاء جميع معتقيهم ، ويبقى ولاء المشتري لموالي أم أبيه .

(ولا يصح شراء) حر مرتد عتيق لمسلم أو ذمي (ولا) يصح (استرقاق حر مرتد) لحق بدار الحرب بعد أن عتق ، فلم يصح استرقاقه ؛ لأنه لا يقر على الردة ، ولا شراؤه؛ لعدم صحة استرقاقه ، ولا يقبل منه إلا التوبة إن قبلت أو القتل كما يأتي في كل مرتد . ولما أنهى الكلام على جر الولاء شرع يذكر دوره .

ومعناه أن يخرج من مال ميت قسط الى مال ميت آخر بحكم الولاء، ثم يرجع من ذلك القسط جزء الى الميت الآخر بحكم الولاء أيضاً ، فيكون هـذا

الجزء الراجع من مال أحدهما الى مال الآخر بحكم الولاء قد دار بينهما . واعلم أنه لا يقع الدور في مسألة حتى يجتمع فيها ثلاثة شروط : أحدها أن يكون المعتق اثنين فصاعداً . والثاني أن يكون في المسألة اثنان فصاعدا . والثالث أن يكون الباقي منهما يحوز إرث الميت قبله ، مثال ذلك ما أشار اليه المصنف بقوله :

(وأما دونه) ؛ أي : الولاء (فكما لو اشترى بنتا معتقه) عليها ولاء لموالي أمها (أباهما نصفين) سوية (فيعتق)عليها ؛ لأنه ذو رحم محرم(وولاؤه لهما)؛أي : لولديه نصفين لكل ولد منهما نصف بحسب ملكه (وجر كل) منهما (نصف ولاء صاحبه) لأن ولاء الولد تابع لولاء الوالد (ويبقى نصفه)؛ أي: نصف ولاء كل منهما (لمولى الأم) لأن كل واحد منهما لا يجر ولاء نفسه كما لا يرث نفسه (فلو ماتت الكبرى) من البنتين في المثال (ثم) مات (الأب) بعدها (فللصغرى) الباقية (سبعة أثمان تركته) ؛ أي : الأب (نصف بالنسب) لأنها بنت (وربع بكونها مولاة نصفه ، والربع الباقي لموالى الميتة وهم أختها) الباقية (وموالي أمها) فيكون ذلك الربع بينهما (للأخت) الباقية (نصفه وهو ثمن) المال (والثمن الباقي لموالي الأم) فيصير للأخت الباقية سبعة أثمان المال،ولموالى أمها ثمنه (فإذا ماتت الصغرى بعد ذلك)؛ أي : بعد موت الكبرى والأب (كان مالها لمواليها ، وهم أختها الكبرى وموالي أمها) بينهما (نصفين) بحسب مالها من الولاء (فاجعل) ال(نصف) الذي أصاب (الكبرى) من الصغرى بالولاء (لمواليها) وهم (أختها الصغرى وموالي أمها) مقسوماً(بينهم نصفين لكل) ؛ أي : لموالي الأم (نصفه وهو الربع) وللصغرى نصفه وهو الربع (فهذا الربع) قد (خرج من مال الصغرى لموالي أختها الكبرى ، ثم عاد إليها ؛ لأنها مولاة لنصف أختها ، وهذا هو الجزء الدائر ، فيكون لموالي الأم) على الصحيح من المذهب ، ولو اشترت إحدى البنتين أباها وجدها؛ عتق

عليها وجر إليها ولاء أختها ، فإذا مات الأب ، فلبنتيه الثلثان بالنسب ، والباقي لمعتقه بالولاء ، فإن ماتت التي لم تشتره بعد ذلك ، فمالها لأختها نصفه بالنسب ونصفه بالولاء ؛ لكونها مولاة أبيها ، ولو ماتت التي اشترته ، فلأختها النصف ، والباقي لمولى أمها .

(ولو اشترى ابن) معتقة (وبنت معتقة أباهما نصفين) سوية (عتق عليهما) ؛ لأنه رحم محرم (وولاؤه لهما) نصفين ، لكل منهما نصفه بحسب ما عتق عليه (وجر كل) واحد منهما (نصف ولاء صاحبه) لأن ولاء الولد تابع لولاء الوالد (ويبقى نصفه) ؛ أي : نصف ولاء كل واحد منهما (لموالي أمه) ، أي : أم كل واحد من الابن والبنت ؛ لأن كلا منهما لا يجر ولاء نفسه (فإن مات الأب ورثاه) ؛ أي : ابنه وبنته (أثلاثاً بالنسب) لأن عصبة النسب مقدمة على عصبة الولاء ، وميراث النسب للذكر مثل حظ الأنثيين (وإن ماتت البنت بعده) ؛ أي : بعد الأب (ورثها أخوها به) ؛ أي : بالنسب ؛ لأنه مقدم على الولاء (فإذا مات) أخوها بعدها ، ولم يترك وارثاً من النسب (فلمولى أمه نصف) تركته (ولمولى أخته نصف) لأن الولاء بينهما نصفين (وهم) ؛ أي : موالي الاخت (الأخ مولى الأم ، فيأخذ مولى أمه نصفه) ؛ أي : نصف النصف (وهو الربع) ؛ أي : ربع التركة ؛ لأن ولاء الأخت بين الأخ ومولى الأم نصفين (ثم يأخذ) مولى الأم (الربع الباقي) من التركة (وهو الجزء الدائر) من الولاء ، سمي بذلك (لأنه خرج من) تركة (الأخ وعاد إليه) فيكون لمولى أمه ، ومقتضى كونه دائراً أنه يدور أبداً في كل دورة يصير لمولى الأم نصفه ، ولا يزال كذلك حتى ينفذ كله إلى موالي الأم .

(فائدة) : لو عاقد رجل رجلاً ، فقال : عاقدتك على أن ترثني وأرثك ، وتعقل عني وأعقل عنك ؛ فلا حكم لهذا العقد ، ولا يتعلق به إرث ولا عقل ؛ لأن أسباب التوارث محصورة في رحم ونكاح وولاء ، وليس هذا منها .

(تتمة) : وإن اشترى بنتامعتقة أباهما ؛ ثم اشترى أبوهما هو والكبرى جدهما ، ثم مات ؛ فماله بينهما أثلاثا ، ثم إذا مات الجد ، وخلف بنتي ابنه ؛ فلهما الثلثان ؛ فللكبرى نصف الباقي ؛ لكونها مولاة نصفه ، يبقى السدس لموالي الأب ؛ لانه مولى نصف الجد ، وهمابنتاه ، فحصل للكبرى ثلث المال وربعه ، وللصغرى ربعه وسدسه .

كتاب العتق

(العتق)لغة : الخلوص ، ومنه عتاق الخيل ،وعتاق الطير ؛ أي :خالصها ، وسمي البيت الحرام عتيقاً ؛ لخلوصه من أيدي الجبابرة .

و (هو) شرعاً (تحرير الرقبة) ؛أي : الذات (وتخليصها من الرق) عطف تفسير ، خصت به الرقبة ، وإن تناول العتق جميع البدن ؛ لان ملك السيد له كالغل في رقبة المانع له من التصرف ، فإذا عتق صار كأن رقبته أطلقت من ذلك. يقال:عتق العبد وأعتقه؛ فهو عتيق ومعتق ، وهم عتقاء ، وأمة عتيق وعتيقة ، وقد أجمع العلماء على صحته ، وحصول القربة به ؛ لقوله تعالى : «فتحرير رقبة مؤمنة» [1] وقوله:«فك رقبة »[2] ولحديث أبي هريرة مرفوعاً: « من أعتق رقبة مؤمنة أعتق الله بكل إرب منها إربا منه من النار » ، حتى إنه ليعتق اليد باليد ، والرجل بالرجل ، والفرج بالفرج . متفق عليه وحديث : « أيما امرىء مسلم أعتق امرءاً مسلماً كان فكاكه من النار ،يجزى كل عضو منه عضواً منه ،وأيما امرىءمسلم أعتق امرأتين مسلمتين كانتا فكاكه من النار ،

(١) سورة النساء ، الآية : ٩٢ (٢) سورة البلد ، الآية : ١٣

يجزى كل عضو منهما عضواً منه » . رواه الترمذي ، وصححه . ولأحمد وأبي داود معناه ، وزاد فيه : « وأيما امرأةمسلمة اعتقت امرأة مسلمة كانت فكاكها من النار ، يجزىء كل عضو من أعضائها عضواً من أعضائها » .

(و) العتق (من أعظم القرب) لانه تعالى جعله كفارة للقتل والظهار والوطء في رمضان والأيمان ، وجعله صلى الله عليه وسلم فكاكاً لمعتقه من النار ،ولأن فيه تخليص الآدمي المعصوم من ضرر الرق، وملكه نفسه ومنافعه على حسب ارادته واختياره .

(وأفضل الرقاب) لمن أراد العتق (أنفسها عند أهلها) ؛ أي : أعظمها وأعزها في أنفس أهلها (وأغلاها ثمناً) نقله الجماعة عن أحمد (وفي الفروع ظاهره ولو كافرة) وفاقاً لمالك ، وخالفه أصحابه ، ولعله مراد أحمد ، لكن يثاب على عتقه . قال في « الفنون » لا يختلف الناس فيه ، واحتج به وبرق الذرية على أن الرق ليس بعقوبة، بل محنةوبلوى. انتهى .ويؤيدهحديث أبي ذر قال : قلت يارسول الله : أي : الاعمال أفضل ؟ قال : « الايمان بالله ، والجهاد في سبيله . قال : قلت : أي : الرقاب أفضل ؟ قال : أنفسها عندأهلها، وأكثرها ثمناً» .

(و) عتق (ذكر) أفضل من عتق أنثى . سواء كان معتقه ذكراً أو أنثى ، وهما سواء في الفكاك من النار (وتعدد) ولو من إناث(أفضل) من واحد ، ولو ذكراً . (وسن عتق) من له كسب ودين ، لانتفاعه بملك كسبه بالعتق (و) سن (كتابة من له كسب) ودين ، لقوله تعالى :« فكاتبوهم إن علمتم فيهم خيراً »[1] ولانتفاعه بملك كسبه في العتق .

(وكرها) ؛أي : العتق والكتابة (إن كان) العتيق (لا قوة له ولا

---

(١) سورة النور، الآية :٣٣

كسب) لسقوط نفقته بإعتاقه ، فيصير كلاً على الناس ، ويحتاج الى المسألة ، وإن كان الرقيق ممن يخاف عليه الرجوع إلى دار الحرب ، وترك إسلامه ، (أو يخاف منه) إن أعتق (زنا أو) يخاف من (فساد) من قطع طريق وسرقة ، فيكره عتقه ؛ لئلا يكون وسيلة إلى محرم (وإن علم) ذلك منه (أو ظن ذلك منه حرم) عتقه ؛ لان التوصل إلى المحرم حرام (و) إن أعتقه مع علمه أو ظنه ذلك منه (صح) العتق ؛ لانه إعتاق صدر من أهله في محله ، فنفذ كعتق غيره .

(ويتجه) لو أعتق رقيقاً يظن أو يعلم منه وقوع الفساد أو الزنا ؛ فإنه يصح (ويجزىء) عتقه (في كفارة) أو نذر ؛ لانه رقبة مؤمنة سليمة من العيوب المضرة بالعمل ، لكن يحرم عليه ذلك ؛ لما تقدم ، وهو متجه (١)

(فائدة) : لو أعتق رقيقه ، واستثنى نفعه مدة معلومة كشهر أو سنة ونحوها صح كبيعه كذلك ، أو أعتقه واستثنى خدمته للمعتق أو غيره كما أشار اليه في « الاختيارات » مدة حياته ؛ صح ما ذكر من العتق والاستثناء ؛ لان أم سلمة أعتقت سفينة ، واشترطت خدمته له صلى الله عليه وسلم ما عاش . رواه أبو داود .

(وشرط لصحة عتق كونه) ؛ أي : العتق (من مالك) أو مأذون له (جائز التصرف) وهو البالغ الرشيد .

(ويتجه) عدم صحته من غير المكلف ، وإليه الإشارة بقوله (فلا يصح) العتق (على الاصح) ؛ أي : على أصح الاقوال (ممن) ؛ أي : شخص (لم يبلغ) ولو مميزاً ، قال الناظم : ولا يصح الا ممن يصح تصرفه في ماله ، وقدمه

---

(١) أقول : ذكره الجراعي ، وقال لأنه لم يشترط في عتقه كونه تقياً أو صالحاً . انتهى . ولم أر من صرح به ، وهو ظاهر ، ومراد لما قاله الجراعي ، ولأنه صح العتق ، فحيث كان مؤمناً سليما من العيوب المضرة بالعمل أجزأ . انتهى .

في « المستوعب » ، وقطع الموفق وغيره أنه لا عتق لمميز ، وقال طائفة من الاصحاب منهم الموفق : لا يصح عتق الصغير بغير خلاف ، وهو متجه [١] .

(خلافا له) ؛ أي : لصاحب « الإقناع » في قوله : ويصح العتق ممن تصح وصيته ، وان لم يبلغ . وما قاله في « الإقناع » تبع فيه « الرعايتين » و « الفائق » ، والمعتمد خلافه . ولا يصح العتق من سفيه كالهبة والصدقة منه ، ولا من مجنون ؛ لانه لا يعقل ما يقول ، ولا من غير مالك بغير إذنه كبيعه وهبته وصدقة به ، ولا أن يعتق أب عبد ولده الصغير ، كما لا يصح عتق عبد ولده الكبير ، ولا عبد ولده المجنون ، ولا عبديتيمه الذي في حجره ؛ لانه تبرع ، وهو ممنوع منه ، ولا يصح عتق الموقوف ولو على معين – ولو قلنا الملك فيه له – لتعلق حق من يأتي من البطون بعده .

(وصريحه لفظ عتق و) لفظ (حرية) لانهما لفظان ورد الشرع بهما ، فوجب اعتبارهما (كيف صرفا) نحو قوله لقنه : أنت حر ، أو أنت محرر ، أو حررتك ، أو أنت عتيق أو معتق – بفتح التاء – فيعتق في جميع ما تقدم ، ولو تجرد عن النية . قال أحمد في رجل لقي امرأة في الطريق ، فقال : تنحي يا حرة ، فإذا هي جاريته ، قال : قد عتقت عليه ، وقال في رجل قال لخدم قيام في وليمة : مرّوا أنتم أحرار ، وكان فيهم أم ولده لم يعلم بها ، قال هذا به عندي تعتق أم ولده ، ويستثنى من تصريف لفظ العتق والحرية ثلاثة ألفاظ ذكرها بقوله (غير أمر ومضارع واسم فاعل) ممن قال لرقيقه حرره ، أو أعتقه ، أو أحرره ، أو أعتقه أو هذا محرر – بكسر الراء – أو هذا معتق بكسر التاء ، لم يعتق بذلك ؛ لأن ذلك طلب ووعد ، وخبر عن غيره ، وليس واحد منها صالحاً للانشاء ولا إخباراً عن نفسه ؛ فيؤاخذ به ، فإن قال : أنت عاتق فقياس ما يأتي في الطلاق يعتق بذلك .

---

(١) أقول : ذكره الجراعي ، وصرح به الجمهور . انتهى .

(ويقع) العتق (من هازل) كالطلاق و (لا) يقع من(نائم ونحوه) كمغمى عليه ومجنون ومبرسم ؛ لأنهم لا يعقلون ما يقولون قال في «الفائق» : نية قصد اللفظ معتبرة ؛ تحرزاً من النائم ونحوه ، ولا تعتبر نية النفاذ ،ولا نية القربة ؛ فيقع عتق الهازل . انتهى . ومعنى قوله نية قصد اللفظ ؛ أي : إرادة لفظه لمعناه ، فلا عتاق لحاكٍ وفقيه يكرره ونائم ونحوه كما يأتي في الطلاق .

(ولا) يقع عتق (إن) قال لرقيقه : أنت حر و (نوى بالحرية نحو عفته) كصدقه وأمانته (وكرم خلقه) قال في «الشرح» : وأما إن قصد غير العتق كالرجل يقول : عبدي هذا حر يريد عفته وكرم أخلاقه ، أو يقول : لعبده ما أنت إلا حر ؛ أي : إنك لا تطيعني ، ولا ترى لي عليك حقاً ولا طاعة ، ولا يعتق . قال حنبل : سئل عبد الله عن رجل قال لغلامه : أنت حر ، ولا يريد أن يكون حراً أو كلاما شبه هذا: رجوت أن لا يعتق، وأنا أهاب المسألة؛ لأنه نوى بكلامه ما يحتمله ، فانصرف إليه . قال (و) إن طلب العبد استحلاف سيده أنه نوى بحريته ما ذكر، كان له ذلك فـ(يحلف) السيد ؛ لاحتمال صدق العبد ، فعلى هذا إن نكل قضي عليه بالعتق . يقال: امرأة حرة يعنون عفيفة، وتمدح المملوك أيضاً بذلك ، ويقال لكريم الأخلاق : حر . قالت سبيعة ترثي عبد المطلب :

ولا تسأما أن تبكيا كل ليلة ويوم على حر كريم الشمائل

(و) إن قال سيد لرقيقه (أنت حر في هذا الزمن أو) أنت حر في هذا البلد أو أنت حر في هذا المكان، فإنه (يعتق مطلقاً) ، سواء نوى العتق أو لا؛ لأنه إذا عتق في زمان أو مكان أو بلد لا يعود رقيقاً في غيرها (وكنايته) ؛ أي : العتق التي يقع بها (مع نيته) ؛ أي : العتق أو قرينة كسؤال عتق كالطلاق (خليتك ، وأطلقتك ، والحق بأهلك) بهمزة وصل وفتح الحاء (واذهب حيث شئت، ولا سبيل) لي عليك أ (و)لا (سلطان) لي عليك(أو)

لا (ملك) لي عليك (أو) لا (رق) لي عليك (أو) لا (خدمة لي عليك وفككت رقبتك ، ووهبتك لله ، ورفعت يدي عنك الى الله ، وأنت لله أو) أنت (مولاي أو) أنت (سائبة وملكتك نفسك. و)من الكناية قول السيد للأمة (أنت طالق أو) أنت (حرام) وفي « الانتصار» وكذا: اعتدي، وأنه يحتمل مثله في لفظ الظهار (و) مما يحصل به العتق (صريح قوله) ؛أي: السيد (لمن يمكن كونه أباه) من رقيقه بأن كان السيد ابن عشرين سنة مثلا والرقيق ابن ثلاثين فأكثر (أنت أبي أو) قال لرقيقه الذي يمكن كونه (ابنه : أنت ابني) فيعتق بذلك فيهما ، وإن لم ينوه (ولو كان له نسب معروف) لجواز كونه من وطء شبهة و (لا) عتق بقوله ذلك (إن لم يمكن) كونه أباه أو ابنه (لكبر أو صغر ونحوه ، ولم ينوبه) ؛ أي : هذا القول (عتقه) لتحقق كذب هذا القول ، فلا يثبت به حرية كقوله: هذا الطفل أبي، أو لطفلة: هذه أمي ، وكما لو قال لزوجته وهي أسن منه : هذه ابنتي ، أو قال لها وهو أسن منها: هذه أمي؛ لم تطلق، كذلك هنا و (ك)قوله لرقيقه (أعتقتك) من ألف سنة (أو) قوله له (أنت حر من ألف سنة و ك)قوله (أنت بنتي لعبده و) كقوله (أنت ابني لأمته) ونحو ذلك مما هو معلوم الكذب ؛ لم يعتق ؛ لأنه محال وكذب يقيناً . قال في «شرح الإقناع» : قلت : وإن نوى به العتق ؛ عتق قياساً على قوله لعبده الذي لا يمكن كونه منه لكبر ونحوه : أنت ابني (و) يحصل العتق (بملك) من مكلف رشيد وغيره (لذي رحم محرم بنسب) كأبيه وجده ، وإن علا ، وولده وولد ولده وإن سفل ، وأخيه وأخته وولدهما وإن نزل ، وعمه وعمته وخاله وخالته . وضابطه أنه لو قدر أحدهما ذكراً والآخر أنثى حرم نكاحه عليه للنسب ، سواء كان الرحم المحرم مخالفاً له في الدين أو موافقاً ، وسواء ملكه بميراثه أو غيره من بيع أو هبة أو وصيـة أو جعالة ونحوها (ولو) كان المملوك (حملا) كمن اشترى زوجة ابنه أو أبيه أو أخيه

الحامل منه ؛ لحديث الحسن عن سمرة مرفوعاً : « من ملك ذا رحم محرم فهو حر » . رواه الخمسة ، وحسنه الترمذي ، وقال: العمل على هذا عند أهل العلم ، وأما حديث : « لا يجزي ولد والده إلا أن يجده مملوكا ، فيشتريه ، فيعتقه ». رواه مسلم ، فيحتمل أنه أراد فيشتريه فيعتقه بشرائه ، كما يقال: ضربه ، فقتله ، والضرب هو القتل ، وذلك لأن الشراء لما كان يحصل به العتق تارة دون أخرى ؛ جاز عطف صفته عليه ، كما يقال: ضربه ، فأطار رأسه ، وذكر أبو يعلى الصغير أن العتق بالملك آكد من التعليق ، فلو علق عتق ذي رحمه المحرم على ملكه ، فملكه عتق بملكه لا بتعليقه ، ولا يعتق بالملك ذو رحم غير محرم كولد عمه وعمته ، وولد خاله وخالته ، ولا يعتق أيضاً محرم برضاع كأمه منه وأخته وعمته منه وخالته منه ، أو محرم بمصاهرة كأم زوجته وبنتها وحلائل عمودي النسب ؛ فلا يعتقون بالملك ؛ لمفهوم الحديث السابق ، ولأنه لا نص في عتقهم ، ولا هم في معنى المنصوص عليهم ، فيبقون على الأصل .

(وأب وابن من زنا أو رضاع كأجنبيين) فلا عتق بملك أحدهما الآخر نصاً ؛ لعدم ثبوت أحكام الأبوة والبنوة من الميراث والحجب والمحرمية وثبوت الولاية ووجوب الإنفاق ، وكذا أخ ونحوه من زنا .

(ويعتق حمل لم يستثن) أي: لم يستثنه معتق (بعتق أمه) لأنه يتبعها في البيع والهبة ، ففي العتق أولى (من حين عتق) أمه ؛ لأنه عتق منجز ، فعتق من حينه ، كما لو كان منفصلا ، وعلم منه صحة استثناء الحمل في العتق ، وبه قال ابن عمر وأبو هريرة ؛ لأنه يصح إفراده بالعتق ، بخلاف البيع ، فصح استثناؤه كالمنفصل ، ويفارق البيع ؛ لأنه عقد معاوضة يعتبر فيه العلم بصفات المعوض ليعلم هل قام مقام العوض أولا ، والعتق تبرع لا تتوقف صحته على معرفة صفات المعتق ، ولا تنافيه الجهالة به ، ويكفي العلم بوجوده وقد وجد . (وإن) عتق أمه (سراية) كعتق شريك موسر حصته من الأم ، فيسري

العتق إلى باقيها ، ويدخل حملها تبعاً (ولو لم يملكه)؛أي: الحمل رب الأمة، كما لو اشترى أمه من ورثة ميت موصى بحملها لغيره ، فأعتقها ؛ فيسري العتق الى الحمل (إن كان) معتقها (موسراً بقيمة الحمل) يوم عتقه كفطرة (ويضمن) معتقها (بقيمته) ؛أي: الحمل (لمالكه) الموصى له به يوم ولادته حياً ؛ لأنه فوته عليه (ويصح عتقه) ؛ أي : الحمل دونها ؛ أي : دون أمه نصاً ؛ لأن حكمه حكم الإنسان المنفرد ، ولهذا تورث عنه الغرة لن ضرب بطن أمه فأسقطته ، كأنه سقط حياً ، وتصح الوصية به وله ويرث .

(ومن ملك بغير ارث) كشراء وهبة ووصية وغنيمة (جزءاً) وإن قل (ممن يعتق عليه) كأبيه وابنه وأخيه وعمه (وهو) ؛أي : المالك لذلك الجزء (موسر بقيمة باقية فاضلة) عن حاجته وحاجة من يمونه (كفطرة)؛أي: عن نفقة يوم وليلة وما يحتاجه من مسكن وخادم (يوم ملكه) متعلق بموسر (عتق) عليه (كله) ؛ أي : كل الذي ملك جزءه ؛لأنه فعل سبب العتق اختياراً منه وقصداً إليه، فسرى عليه ، كما لو أعتق نصيبه من مشترك (وعليه ما يقابل جزء شريكه من قيمة كله) فيقدر كاملا لا عتق فيه ، وتؤخذ حصة الشريك منها ، وكذا الحكم لو أعتق شركا في عبد ، وهو موسر (وإلا)يكن موسراً بقيمة كل باقيه (عتق) منه (ما يقابل ما هوموسر به) ممن ملكجزءه بغير الإرث ، فإن لم يكن موسراً بشيء منه ؛ عتق ما ملكه فقط (و) إن ملك جزءه (بإرث لم يعتق) عليه (إلا ما ملك) منه (ولو) كان الوارث (موسراً) لأنه لم يتسبب إلى إعتاقه ؛ لحصول ملكه بدون قصده وفعله (و) يعتق عليه (بفعل) محرم ، وإليه الإشارة بقوله : (فمن مثل) بتشديد المثلثة ، قال أبو السعادات : مثلت بالحيوان أمثل تمثيلا : إذا قطعت أطرافه ، وبالعبد إذا جدعت أنفه أو أذنه ونحوه (ولو) كان التمثيل (بلا قصد) كالو حصل التمثيل خطأ أو شبه عمد (ويتجه أو) كان الممثل (غير جائز التصرف)

كالصغير والمجنون والسفيه ؛ إذ لا فرق في ضمان الجنايات بين جائز التصرف وغيره ، وهو متجه . (برقيقه) متعلق بمثل .

(ويتجه ولو) كان رقيقه (مكاتباً) إذ المكاتب عبد ما بقي عليه درهم ، فلا فرق بينه وبين الرقيق المحض ، هذا المذهب وعليه أكثر الأصحاب ، خلافاً لجماعة ، وهو متجه [1] . (فجدع) ؛ أي : قطع (أنفه أو) قطع (أذنه أو) قطع عضواً منه كيده أو رجله ، أوجبه بأن قطع ذكره أو (خصاه) بأن قطع خصيتيه (أو خرق) عضواً منه ككفه بنحو مسلة (أو حرق عضواً منه) بالنار كأصبعه (عتق) نصاً (بلا حكم) حاكم ؛ لما روى عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده : « أن زنباعاً أبا روح وجد غلاما له مع جاريته ، فقطع ذكره ، وجدع أنفه ، فأتى العبد النبي صلى الله عليه وسلم ، فذكر ذلك له ، فقال النبي صلى الله عليه وسلم : «ما حملك على ما فعلت؟» قال فعل كذا وكذا ، قال : «اذهب فأنت حر » . رواه أحمد وغيره (وله) ؛ أي : سيد العتيق بالتمثيل (ولاؤه) نصاً لعموم : (الولاء لمن أعتق) .

(وكذا لو استكرهه) ؛ أي : القن سيده (على الفاحشة) بأن لاط به مكرهاً ؛ لأنه من المثله (أو وطىء) سيد (من) ؛ أي : أمته المباحة التي (لا يوطأ مثلها لصغر ، فأفضاها) ؛ أي : خرق ما بين سبيليها ، فتعتق عليه . قال ابن حمدان : ولو مثل بعبد مشترك بينه وبين غيره ؛ عتق نصيبه ، وسرى العتق إلى باقيه بشرط كون الممثل موسراً بقيمة باقية فاضلة كفطرة ، وضمن للشريك قيمة حصته يوم عتقه . ذكره ابن عقيل قياساً على ما لو أعتق نصيبه بالقول .

(ولا عتق بخدش وضرب ولعن) لأنه لا نص في العتق بذلك ، ولا هو في معنى المنصوص عليه ، فلم يعتق بذلك كما لو هدده (ومال معتق بغير أداء) من قن ومكاتب ومدبر وأم ولد (عند عتق لسيد) معتق له .

---

(١) أقول : ذكره الجراعي ، وصرح به في « الاقناع » وغيره . انتهى .

(ويتجه) لو فعل سيد برقيقه مايقتضي عتقه بغير أداء كتمثيله به ونحوه ؛ فإنه يعتق عليه ؛ ويأخذ السيد ماوجده بيد الرقيق من المال (ولو) كان فعله ذلك (حيلة) على ماأخذ مابيده ، كما لو كاتبه على مال معلوم في نجوم معلومة ، أداه بعضها ، وبقي معه مال أضعاف مافي ذمته من النجوم ، فمثل به ونحوه سيده ؛ فإنه يعتق عليه بذلك ، وله عليه الولاء لمباشرته سبب العتق ، لكن يحرم عليه فعله ذلك به ، بخلاف مالو أدى المكاتب ما عليه ؛ فباقي مابيده له ، وهو متجه [1] .

وما ذكر من أن مال من عتق بغير أداء لسيده مروي عن ابن مسعود وأبي أيوب وأنس لحديث الأثرم عن ابن مسعود : « أنه قال لغلامه عمير : ياعمير إني أريد أن أعتقك عتقاً هيناً ؛ فأخبرني بمالك ؛ فإني سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول : أيما رجل أعتق عبده أو غلامه ، فلم يخبره بماله ؛ فماله لسيده » . ولأن العبد وماله كانا للسيد ، فأزال ملكه عن أحدهما ، فبقي ملكه في الآخر ، كما لو باعه ، ويدل عليه قوله عليه السلام : « من باع عبداً ، وله مال ؛ فماله للبائع إلا أن يشترطه المبتاع » . فأما حديث ابن عمر يرفعه : « من أعتق عبداً وله مال ؛ فالمال للعبد » . رواه أحمد وغيره ، فقال أحمد يرويه عبيد الله بن أبي جعفر من أهل مصر ، وهو ضعيف الحديث ، كان صاحب فقه ، فأما في الحديث فليس فيه بالقوي .

(فصل : ومن أعتق من قن) يملكه (جزءاً مشاعاً ، كنصف ، ونحوه) كعشر ، أو جزء من ألف جزء (أو) أعتق جزءاً (معيناً كأنف ويد) ورجل وأصبع ونحوها (لا نحو شعر وظفر وسن) كدمع وعرق ولبن ومني وبياض وسواد وسمع وبصر وشم ولمس وذوق (عتق كله) بقوله صلى الله عليه وسلم : « من

---

(١) أقول : ذكره الجراعي ، وأقره ، وهو ظاهر إطلاقهم ، وقول شيخنا : لكن الخ راجع للتمثيل ، فتأمل . انتهى .

أعتق شقصاً له من مملوك ؛ فهو حر من ماله » . قاله في « المغني » وغـيره ، ولأنه ازالة ملك عن بعض مملوك الآدمي ، فزال عن جميعه كالطلاق ، فإنـه لايحتاج الى السعاية ، ولا ينبني على التغليب والسراية ، وأما إذا قـال : شعرك أو نحوه حر ؛ فإنه لايعتق منه شيء ؛ لأن هذه الأشياء تزول ، ويخرج غيرها؛ فهي في قوة المنفصلة .

(ومن أعتق كل) رقيق (مشترك) بينه وبين غيره من عبد أو أمـة (ولو) كان الرقيق المشترك (أم ولد) بأن وطء اثنان أمة مشتركة بينهما في طهر واحد ، وأتت بولد ، فألحقته القافة بهما (فتصير أم ولدهما كما يأتي (أو) . كان الرقيق المشترك (مدبراً أو مكاتباً أو مسلماً والمعتق) له (كافراً و) لم يعتق كله ، بل أعتق (نصيبه) منه فقط ، أو أعتق بعض نصيبه ؛ بأن كان له فيـه نصف ، فأعتق ربعه (وهو) ؛ أي : المعتق (يوم عتق) كله أو بعضه (موسر كما مر) في فطرة (بقيمة باقيـة) ؛ أي : حق شريكه فيه (عتق كله) على معتق كله أو بعضه (ولو مع رهن شقص الشريك) وكونه بيد مرتهنة (وعليه) أي : المعتق (قيمته) ؛ أي : الشخص المرهون كغيره تجعل رهناً (مكانه) بيد مرتهن ؛ لحديث ابن عمر مرفوعاً : من أعتق شركا له في عبد ، وكان له مال يبلغ ثمن العبد ؛ قوم عليه العبد قيمة عدل ، فأعطى شركاءه حصصهم ، وعتق عليه العبد ، والا فقد عتق منه ماعتق . متفق عليه ، وعموم هذا الحديث يشمل جميع الصور المذكورة في المتن .

(ويضمن شقص) عتق على شريك بالسراية (من مكاتب) بالحصـة (بقيمته مكاتبـاً) يوم عتقه ؛ لأنه وقت التفويت على ربه ، ولا ينفذ عتق شريك لنصيبه بعـد سراية العتق عليه لأنه صار حراً بعتق الأول له ، وتستقر القيمة على المعتق الأول (وإلا) يكن موسراً بقيمة باقيه كله (فـ) انه لايعتق منه زيادة على ما يملكه إلا (ماقابـل ماهو) ؛ أي : المعتق (موسر به) من

قيمته (والمعسر يعتق حقه) ؛ أي : حصتـــه من الرقيق المشترك (فقط) يعني ولا يسري عتقه ، إذا كان معسراً الى نصيب شريكه (ويبقى حق شريكه) في ملكه ؛ لقوله عليه السلام : (والا فقد عتق منه ماعتق) فإن اختلفـا في قيمة الرقيق المشترك حين اللفظ بالعتق ؛ رجع إلى قول المقومين ؛ لأن لهم خبرة بالقيمة ، وهم أدرى بها من غيرهم ، ولا بد من اثنين كما يؤخذ من باب القسمة من قولهم: إن كان يحتاج الى تقويم فلا بد من قاسمين .

(ومن له نصف قن ، ولآخر ثلثه ، ولثالث سدسه، فأعتق موسران) من الشركاء (حقهما) منه (معا) بأن تلفظا بذلك في وقت واحد ، أو وكلا من أعتق عنهما بكلام واحد (تساويا في ضمان) حق شريك (باق بينهما نصفين، لأن عتق نصيب شريكهما الثالث عليهما إتلاف لرق ، وقد اشتركا ؛ فتساويا في ضمانه ، ويفارق الشفعة ؛ لأنها شرعت لإزالة الضرر عن نصيب الشريك الذي لم يبع ؛ فكان استحقاقه على قدر نصيبه (و) تساويا في (ولائه) ؛ أي : ولاء عتق ماتساويا في ضمانه ، فلو كان المعتقان معاً صاحب النصف وصاحب السدس؛ كان ولاؤه بينهما أثلاثا ؛ لأنا إذا حكمنا بأن ثلث الشريك يعتق عليهما نصفين ، فنصفه سدس اذا ضممناه إلى النصف الذي لأحدهما صار ثلثين، وإذا ضممنا السدس الآخر إلى سدس المعتق صار ثلثا . ولو كان اللذان أعتقا معاً صاحب النصف وصاحب الثلث ؛ صار لمن كان له النصف ثلث الولاء وربعه ، ولمن كان له الثلث ربع الولاء وسدسه . ولو كانا صاحب الثلث وصاحب السدس ؛ صار لمن كان له الثلث ثلث الولاء ، وربعه ، ولمن كان له السدس ربع الولاء وسدسه . ولو كان أحدهما موسراً دون الآخر؛ قوم عليه نصيب الثالث دون شريكه المعسر؛ لأن المعسر لايسري عتقه ، فيكون ضمان نصيب الشريك الثالث على الموسر خاصة ، وولاؤه له .

(و) قول شريك في رقيق (أعتقت نصيب شريكي لغو) ولو موسراً، ولو رضي شريكه ؛ لأنه لاتصرف له فيه ، ولا ولاية عليه (كقوله لقن غيره

أنت حر من مالي أو) أنت حر (فيه) ؛ أي : مالي (فلا يعتق) على قائل (ولو رضي سيده) لأنـه لا ولاية له على قن غيره (و) إن قال شريك في قن (أعتقت النصيب) فإنه (ينصرف الى ملكه) من رقيق (ثم يسري) إلى نصيب شريكه إن كان القائل موسراً بقيمته ؛ لأن الظاهر أنه أراد نصيبه ، ونقل ابن منصور عن أحمد في دار بينهما ، قال أحدهما: بعتك نصف هذه الدار لا يجوز ، إنما له الربع من النصف حتى يقول نصيبي (ولو وكل شريك شريكه في عتق نصيبه ومن رقيق مشترك بينهما نصفين فأعتق الوكيل نصفه) ؛ أي : القن (ولا نية) له بأن لم ينو نصف نصف نفسه ولا نصف موكله (انصرف) العتق (لنصيبه) ؛ أي : المعتق دون موكله ؛ لأن الأصل في تصرف الإنسان أن يكون في ماله مالم ينوه عن موكله (وأيهما) ؛ أي : الشريكين (سري عليه) العتق بعتقـه النصف عن نفسه أو عن شريكه (لم يضمنه) ؛ أي : نصيب شريكه كما لو أعتقاه معـاً (وإن أدعى كل من) شريكين (موسرين أن شريكه أعتق نصيبـه) من رقيق مشترك بينهما (عتق المشترك لاعتراف كل) من الشريكين (بحريتـه وصار كل) منهما (مدعياً على شريكه بنصيبه من قيمته) فإن كان لأحدهمـا بينة حكم له بها (و) ان لم يكن لواحـــد منهما بينة فإنه (يحلف كل) منهما للآخر (للسراية) فإن نكل أحدهمـا قضي عليه للآخر ؛ وإن نكلا جميعـاً تساقطا حقاهما ، لتماثلهما (وولاؤه لبيت المال) دونهما ؛ لأن أحدهما لا يدعيه أشبه المال الضائع (مالم يعترف أحـدهما بعتق) كلـه أو جزئه (فيثبت له) ولاؤه (ويضمن حق شريكه) ؛ أي : قيمة حصته ؛ لاعترافه ، ولا فرق في هذه الحال بين كونهما عدلين أو فاسقين ، مسلمـــين أو كافرين ؛ لتساويهم في الاعتراف والدعوى (ويعتق حق) شريك (معسر فقط مع يسرة) الشريك (الآخر) يعني إذا أدعى كل منهما أن شريكه اعتق نصيبه منه ، لاعتراف المعسر

بأن نصيبه صار حراً بإعتاق شريكه الموسر بسراية عتقه إلى حصة المعسر ، وأما الموسر؛ فلا يعتق نصيبه، لأنه يدعي أن المعسر الذي لا يسري عتقه أعتق نصيبه؛ فعتق وحده ولا تقبل شهادة المعسر عليه؛لأنه يجر الى نفسه نفعاً بإيجاب قيمة حصته له،فإن لم يكن للعبد بينة سواه حلف الموسر وبرىء من القيمة،ولا ولاء للمعسر في نصيبه؛لأنه لا يدعيه،ولا للموسر أيضاً،فإذا عاد المعسر،فاعترف بالعتق ثبت له ولاء حصته،وإن عاد الموسر، فاعترف بإعتاق نصيبه،وصدقه المعسر مع إنكار المعسر لعتق نصيبه؛عتق نصيب المعسر أيضاً،وعلى الموسر غرامة نصيب المعسر وله الولاء على جميعه (ومع عسريتهما) ؛ أي : الشريكين المدعي كل منهما أن الآخر أعتق نصيبه (لايعتق منه) ؛ أي : الرقيق المشترك (شيء) لأن عتق المعسر لايسري على شريكه ، فلا اعتراف لأحدهما بعتق نصيبه ، وليس في دعواه أكثر من أنه شاهد على شريكه ، فإن كانا فاسقين ؛ فلا عبرة بقولهما (وإن كانا عدلين فشهدا) ؛ أي : فشهد كل واحد منهما أن شريكه أعتق نصيبه (فمن حلف معه) الرقيق (المشترك) بينهما (عتق نصيب صاحبه) لأنه لايجر بشهادته نفعاً إلى نفسه ، ولا يدفع عنها ضرراً ، فلا مانع من قبولها ، وإن لم يحلف الرقيق مع شهادة أحدهما ؛ لم يعتق منه شيء ؛ لأن العتق لا يحصل بشاهد واحد من غير يمين ، وإن كان أحدهما عدلاً دون الآخر حلف مع شهادة العدل ، وصار نصفه حراً ، ويبقى النصف الآخر رقيقاً (وأي المعسرين) المتداعيين (ملك من نصيب شريكه المعسر شيئاً عتق) عليه ماملكه من نصيب شريكه مؤاخذة له بإقراره (ولم يسر) العتق (إلى نصيبه) في الأصح ؛ لأن عتقه لما ملكه حصل باعترافه بحريته بإعتاق شريكه ، ولا يثبت له عليه ولاء ؛ لأنه لايدعيه ، بل يعترف أن المعتق غيره ، وإنما هو مخلص له ممن يسترقه ظلماً ؛ فهو كمخلص الأسير من أيدي الكفار. وفي «الاقناع» إن اشترى المدعي حق شريكه ؛ عتق عليه

كله مع أن المذهب خلافه ، وكان على المصنف الإشارة الى ذلك ، ولو ملك كل واحد منهما نصيب صاحبه ؛ صار الرقيق المشترك كله حراً ، ولا ولاء عليه لواحد منهما ، ولو كان ملك كل واحد منهما بشراء من الآخر ، ثم أقر كل منهما بأنه كان أعتق نصيبه قبل بيعه ، وصدق الآخر في شهادته ؛ بطل البيعان، وثبت لكل واحد منهما الولاء على نصفه ؛ لأن أحداً لا ينازعه ، وكل منهما يصدق الآخر في استحقاق الولاء .

(ومن اتفقا على أنهما اعتقا نصيبهما دفعة واحدة) بأن تلفظا بالعتق معاً ، أو وكلا واحداً أو وكل أحدهما الآخر ، أو علق عتقه على دخول الدار مثلا ، فدخلها (فالولاء بينهما) بحسب ما كان لهما فيه ، ولا غرم ؛ لعدم السراية .

(وإن ادعى كل) منهما (أنه المعتق وحده أو) أدعى كل منهما (أنه السابق) بالعتق ليختص بالولاء ، فأنكر الآخر (وتحالفا) ؛ أي : حلف كل منهما على إنكار ما ادعاه شريكه (فالولاء بينهما نصفين) حيث كان ملك العبد لهما نصفين ؛ لأن الأصل بقاء ما كان لكل واحد منهما على ما كان له .

(ومن قال لشريكه الموسر : إن اعتقت نصيبك فنصيبي حر فأعتقه) ؛ أي : نصيبه الشريك الموسر (عتق الباقي) من الرقيق المشترك (بالسراية)عليه (مضموناً) على الموسر بقيمته ؛ لسبق السراية ، فمنعت عتق الشريك المعلق ، وولاؤه كله للموسر (وإن كان) المقول له إن اعتقت نصيبك فنصيبي حر (معسرا) وأعتق نصيبه (عتق على كل) منهما (نصيبه) المباشر بالتنجيز والآخر بالتعليق .

(و) إن قال أحد الشريكين للآخر (إن أعتقت نصيبك فنصيبي حر مع نصيبك ، ففعل) ؛ أي : أعتق نصيبه (عتق) المشترك (عليهما مطلقاً) ؛ أي : سواء كانا موسرين أو معسرين ، أو كانا مختلفين ، ولم يلزم المعتق شيء ؛

لوجود العتق منهما معاً ، فهو كما لو وكل الشريكان غيرهما في إعتاقه ، فأعتقه بلفظ واحد ، وإن قال : إذا أعتقت نصيبك فنصيبي حر قبل إعتاقك ، فأعتق المقول له نصيبه ؛ وقع عتقه عنهما معاً على الأصح ، ولا ضمان .

(وإن قال لأمته ان صليت مكشوفة الرأس فأنت حرة قبله ، فصلت كذلك) ؛أي: مكشوفة الرأس (عتقت وصحت) صلاتها ؛ لوجود الشرط ، وهو صلاتها الصحيحة ، ولغا قوله قبله .

(وإن) قال لرقيقه (إن أقررت بك لزيد فأنت حر قبله ، فأقر به له؛ أي : لزيد (صح إقراره) له (فقط) دون العتق ؛ لأنه لا ينفذ في ملك الغير بلا إذن (و) إن قال لقنه (إن أقررت بك لزيد فأنت حر مع) إقراري ، (أو ساعة إقراري ، ففعل) ؛أي: فأقر به لزيد (لم يصحا) ؛ أي : الاقرار ولا العتق لتنافيهما .

(ويصح شراء شاهدين) أو أحدهما (لمن) ؛أي : رقيق شهدا على سيده أنه أعتقه ، و (ردت شهادتهما بعتقه ويعتق) عليهما (كانتقاله) ؛أي: من ردت شهادتها له بعتقه (لهما بغير شراء) كهبة (ولا ولاء لهما) عليه ؛ يعترفان أن المعتق غيرهما، وإنما هما مخلّصان له ممن يسترقه ظلما(ومتى رجع بائع) فاعترف بعتقه المشهود به عليه مع رد الشهادة (رد) البائع (ما أخذ) منهما على أنه ثمن وجوباً؛ لاعترافه بأنه قبضه بغير حق (واختص بإرثه) بالولاء لأنه لا منازع له فيه حيث بقي الشاهدان على شهادتهما (ويوقف) ارثه (إن رجع الكل)؛أي: الشاهدان عن شهادتهما بعتقه ورجع البائع عن إنكاره العتق بعد بيعه (حتى يصطلحوا) عليه ؛ لأنه لا مرجح لأحدهم (وإن لم يرجع أحد) منهم ؛ بأن لم يرجع البائع عن إنكارعتقه ،ولم يرجع الشاهدان عن شهادتهما عليه بعتقه (فـ)إرثه (لبيت المال) لأن كلاً مقر بأنه لا حق له فيه ، فيكون في بيت المال كسائر الأموال التي لا يعرف لها مالك .

(فصل : ويصح تعليق عتق بصفة ك)قوله (إن أعطيتني ألفاً فأنت حر) لأنه تعليق عتق بصفة ،فصح كالتدبير (ولا يملك) السيد (إبطاله) ؛أي:التعليق (ما دام ملكه) على المعلق عتقه ؛ لأنها صفة لازمة ألزمها نفسه ، فلايملك إبطالها بالقول كالنذر ، ولو اتفق السيد والرقيق على ابطاله ؛ لم يبطل لذلك (ولا يعتق) مقول له : إن أعطيتني أو أديت إليّ ألفاً (بإبراء) سيده له من الألف ؛ لأنه لاحق له في ذمته يبرئه منه (ويستمر التعليق) إلى الأداء (فإذا أدى) المقول له ذلك (الألف كله عتق) لوجود الشرط المعلق عليه (وما فضل عنه) ؛أي: الألف بيد رقيق (فلسيد) كالمنجز عتقه ، وما يكسبه قبل وجود الشرط لسيده ؛ لأنه لم يوجد ما يمنعه إلا أن السيد يحسب له ما يأخذه من الألف ، فإذا كمل أداؤه ؛ عتق ، ولا يكفيه إعطاؤه من ملكه ؛ لأنه لا ملك له (و)إذا علق عتقه على مجيء وقت كقوله (أنت حر في رأس الحول) لم يعتق حتى يجيء رأس الحول (أو) قال له: أنت حر (إلى أن يجيء فلان فحتى يوجد) المجيء . قال أحمد : إذا قال لغلامه : أنت حر إلى أن يقدم فلان ويجيء فلان ، وإلى رأس السنة، وإلى رأس الشهر، انما يريد اذا جاء رأس الشهر أو جاءرأس الهلال ؛لأنه علق العتق بصفة ، فوجب أن يتعلق بها ؛ كما لو قال : إذا أديت إليّ ألفاً ، فأنت حر .

(وله) ؛ أي: السيد (أن يطأ) أمة علق عتقها بصفة قبل وجودها ؛ لأن استحقاقها العتق بوجود الصفة لا يمنع إباحة الوطء كالاستيلاد ، بخلاف المكاتبة؛ فإنها اشترت نفسها من سيدها ، وملكت أكسابها ومنافعها .

(و) للسيد أن (يقف) رقيقاً علق عتقه بصفة قبلها (و) له أن (ينقل ملك من علق عتقه) بصفة (قبلها) ثم ان وجدت وهو في ملك غير المعلق لم يعتق ؛ لحديث : « لا طلاق ولا عتاق ولا بيع فيما لا يملك ابن آدم » . ولأنه لا ملك له عليه، فلم يقع عتقه كما لو نجزه (وإن عاد ملكه) ؛أي: المعلق بشرائه

أو إرثه ونحوه (ولو بعد وجودها) ؛أي : الصفة (حال زواله) ؛ أي : ملك المعلق عنه (عادت) الصفة فمتى وجدت وهو في ملكه عتق؛ لأن التعليق والشرط وجدا في ملكه ، أشبه ما لو لم يتخللها زوال ملك ولا وجود صفة حال زواله، ولا يعتق قبل وجود الصفة بكمالها كالجعل في الجعالة .

(ويبطل تعليق بموت) المعلق؛ لزوال ملكه زوالاً غير قابل للعود (فقوله): أي : السيد لرقيقه (إن دخلت الدار بعد موتي فأنت حر، لغو) كقوله لعبد غيره: إن دخلت الدار فأنت حر، ولأنه علق عتقه على صفة توجد بعد موته وزوال ملكه ؛ فلم تصح ، كما لو قال : إن دخلت الدار بعد بيعي لك فأنت حر ، ولأنه إعتاق له بعد استقرار ملك غيره عليه ، فلم يعتق به كالمنجز .

(ويصح) من مالك قوله لقنه : (أنت حر بعد موتي بشهر) ذكره القاضي وابن أبي موسى ، كما لو وصى بإعتاقه ، وكما لو وصى أن تباع مبلعته ويتصدق بثمنها (فلا يملك وارث بيعه) ؛أي : الرقيق الذي قيل له ذلك (قبله) ؛ أي : قبل مضي الشهر (كما لا يملك وارث بيع (موصى بعتقه قبله) ؛أي: قبل عتقه (أو) ؛أي : وكما لا يملك بيع موصى به (لمعين قبل قبوله) ؛ أي : قبول من أوصى له به (وكسبه) ؛أي : المقول له : أنت حر بعد موتي بشهر (بعد موت) سيده (وقبل انقضاء شهر لورثة) سيده، ككسب أم الولد في حياة سيدها (وكذا) قول سيد لرقيقه : (اخدم زيداً سنة بعد موتي ، ثم أنت حر) فإذا فعل ذلك ، وخرج من الثلث في هذه المسألة والتي قبلها عتق) فلو أبرأه زيد من الخدمة بعد موته) ؛ أي : بعد موت سيده (عتق في الحال) ؛أي: حال إبراء زيد له من الخدمة على المذهب ؛ لأنها وهبت له ، فبرىء منها (وإن جعلها) ؛ أي : الخدمة (لكنيسة) بأن قال له سيده : اخدم الكنيسة سنة ، ثم أنت حر (وهما) ؛أي: السيد والقن (كافران ، فأسلم) الـ (قن قبل خدمته) وبعد موت سيده (عتق مجاناً) ؛أي: من غير أن يلزمه شيء ؛ لأن الخدمة المشروطة

عليه صار لا يتمكن منها ؛ لأن الإسلام يمنعه منها ، فيبطل اشتراطها ، كما لو شرط عليه شرطاً باطلاً .

(و) من قال لرقيقه (ان خدمت ابني حتى يستغني فانت حر فخدمه حتى كبر واستغنى عن رضاع ؛ عتق) فإن كان مستغن عن الرضاع ؛ فلا يعتق حتى يستغني عن إلقام الطعام، وعن التنجي من الغائط ، ولا يشترط علم زمن الخدمة. فمن قال لقنه : أعتقتك على أن تخدم زيداً مدة حياتي ؛ صح ؛ لحديث سفينة قال : « كنت مملوكاً لأم سلمة ، فقالت : أعتقك ، وأشترط عليك أن تخدم رسول الله صلى الله عليه وسلم ما عشت ، فقلت: إن لم تشترطي علي ما فارقت رسول الله صلى الله عليه وسلم ما عشت ؛ فاعتقيني واشترطي علي». رواه أحمد، وأبو داود واللفظ له، والنسائي والحاكم وصححه، ومعناه عن ابن مسعود ، ولأن القن ومنافعه لسيده فإذا أعتقه ، واستثنى منافعه ؛ فقد أخرج الرقبة ، وأبقى المنفعة على ما كانت عليه ، وإنما اشترط علم زمن الاستثناء في البيع ؛ لأنه عقد معاوضة ، والزمن يختلف بطول المدة وقصرها .

(و) لو قال مالكه لرقيقه : (إن فعلت كذا فأنت حر بعد موتي، ففعله) كأن قال له : ان دخلت الدار فأنت حر بعد موتي ، فدخلها (في حياة سيده صار مدبراً) لوجود شرط التدبير ، وهو دخول الدار ، فإن لم يفعل حتى مات سيده ؛ لم يعتق ؛ لأنه جعل ما بعد الموت ظرفاً لوقوع الحرية ، وذلك يقتضي سبق وجود الشرط ذلك ؛ لأن الشرط لا بد أن يسبق الجزاء .

(ويصح) من حر (لا من رقيق عتق قن غيره يملكه) بخلاف الرقيق ؛ فإنه لا يصح منه التعليق ؛ لعدم صحة العتق منه حين التعليق؛ لكونه لا يملك ، ولو قيل بأنه يملك اذا كان مكاتباً ، فملكه ضعيف لا يتمكن من كمال التصرف فيه، بخلاف الحر.

(ويتجه) بـ (احتمال) قوي (وكرقيق) في الحكم شخص (غير رشيد)

لصغر أو سفه أو جنون علق عتق رقيقه بصفة ؛ فلا يصح تعليقه (ولو ملكه) ؛ أي : الرقيق (بعد رشده) لأنه حين عقد الصفة كان محجوراً عليه في ماله ممنوعاً من التصرف في شيء منه ، وهو متجه[1] .

والتعليق (نحو) قوله : (إن ملكت فلاناً) فهو حر (أو) قوله : (كل مملوك أملكه فهو حر) فإذا ملكه جائز التصرف حين التعليق ؛ عتق ؛ لأنه أضاف العتق الى حال يملك عتقه فيه، فأشبه ما لو كان التعليق وهو في ملكه. وروى أبو طالب عن أحمد أنه قال : اذا قال: إن اشتريت هذا الغلام فهو حر، فاشتراه ؛ عتق ، بخلاف ما لو قال : إن تزوجت فلانة فهي طالق ؛ لأن العتق مقصود من الملك ، والنكاح لا يقصد به الطلاق ، وفرق أحمد بأن الطلاق ليس لله تعالى ولا فيه قربة الى الله .

(ويتجه) أن القائل : كل مملوك أملكه فهو حر لا يثبت له ملك على رقيق أصلاً ؛ لعدم استقراره عليه ، فيلزم (إذن تعذر عتقه) ؛ أي : القائل ذلك (قناً عن كفارة) لزمته ؛ لأنه بمجرد ملكه رقيقاً يعتق عليه (ويحتمل) أن القائل ذلك اذا لزمته كفارة لا يمكنه التخلص منها في عتق (الا في) صورة هي أن يقول لمالك عبد : (أعتق عبدك عني) فيفعل ؛ فإنه يصح ذلك ، ويقع عن كفارة القائل ؛ لأنه وكله في ذلك ، ويلزم القائل للمقول له ثمن العبد بالتزامه

---

(١) أقول : ذكره الجراعي ، وقال قياس غير الرشيد عليه متجه بجامع أن كلًا منهما محجور عليه . انتهى . وقال الخلوتي ، وهل مثله غير رشيد . انتهى . قلت : صرحوا بأن التعليق لابد أن يكون من جائز التصرف ، وهو ظاهر لمن تتبع كلامهم ، ولذا قال الشيخ عثمان : قوله :ويصح ؛ أي :من حر رشيد الخ، فحيث لم يصح تعليقه ؛ فلا يعتق لو ملكه بعد رشده ؛ لأن التعليق باطل غير صحيح ؛ فعليه لايظهر وجه تردد المصنف بقوله : احتمال ، فتأمل . انتهى .

بأن قال له : اعتقه وعليّ ثمنه ، والولاء لمعتق عنه ، وتقدم في باب الولاء ، وهو متجه (١) .

و (لا) يصح تعليق عتق قن (بغير ملكه) له (نحو) قوله: (ان كلمت عبد زيد ف)هو (حر ، فلا يعتق إن ملكه ، ثم كلمه) رواية واحدة ، لأنه لا يعتق بتنجيزه ، فلم يعتق بتعليقه ، وإنما خولف القياس في تعليقه بملكه ؛ لأن العتق مقصود من الملك (و) إن قال جائز التصرف : (أول) قن أملكه حر (أو) قال : (آخر قن أملكه) حر (أو) قال : أول أو آخر من (يطلع من رقيقي حر ، فلم يملك) إلا واحداً ؛ عتق) لأنه ليس من شرط الأول أن يأتي بعده ثان ، ولا من شرط الآخر أن يأتي قبله أول ، ولذلك من أسمائه تعالى : الأول والآخر (ولو ملك اثنين معاً أولاً وآخراً) عتق واحد بقرعة ، وكذا لو طلع اثنان فأكثر معاً ، نصاً (أو قال لأمته : أول ولد تلدينه) فهو (حر ، فولدت) ولدين (حين) خرجا (معاً عتق واحد بقرعة) لشمول صفة الأولية لكل واحد بانفراده ، والمعلق إنما أراد عتق واحد فقط ، فميز بالقرعة .

(و) إن قال لأمته : (آخر ولد تلدينه حر ، فولدت حياً ، ثم ميتاً ؛ لم يعتق حي) لأنه ليس بآخر ، فلم توجد فيه الصفة (وعكسه) بأن ولدت ميتاً ، ثم ولدت حياً ؛ فإنه (يعتق) الحي ؛ لوجود الصفة فيه (وإن ولدتهما) ؛ أي :

---

(١) أقول : ذكره الجراعي ، وأقره . قلت : ولم أر من صرح بالاتجاه ، لكنه ظاهر يقتضيه كلامهم ، وأما قوله : ويحتمل الخ . تقدم في الولاء أن من قال : اعتق عبدك عني ؛ صح ، وأجزأه عن واجب ما لم يكن قريبه يعتق عليه ، فلا يجزئه ، وإنما كان كذلك ؛ لعدم تأتي الإعتاق ؛ لأن عتقه يقع عقب الدخول في ملكه ، فهنا يقال كذلك ، وقد سبق منه تعليق العتق على الملك ؛ فيتعذر عليه العتق إذن حتى بهذه أيضاً فيما يظهر ، لكن قال في « الانصاف » قال القاضي في « خلافه » : هو استدعاء للعتق ، والملك يدخل تبعاً وملكا ؛ لضرورة وقوع العتق له . انتهى . ذكره في باب الولاء على مسألة قوله : اعتق عبدك عني الخ ، فعلى هذا يحصل ما ذكره المصنف في الاحتمال ، فتأمل ، وتدبر . انتهى .

الولدين توأمين (وأشكل) آخرهما خروجاً (أخرج بقرعة) لأن أحدهما استحق العتق ، ولم يعلم بعينه، فوجب اخراجه بالقرعة . وإن قال لأمته: أول ولد تلدينه ، أو إن ولدت ولداً فهو حر ، فولدت ولداً ميتاً ، ثم ولدت ولداً حياً ؛ لم يعتق الحي ؛ لأن الصفة إنما وجدت في الميت ، وليس محل العتق ، فانحلت اليمين به .

(و) ان قال لإمائه أو زوجاته (أول أمة) لي تطلع (أو) أول (امرأة لي تطلع) فالأمة (حرة أو) المرأة (طالق ، فطلع الكل) من امائه أو زوجاته معاً (أو) طلع (اثنتان) منهن (معاً عتق) من الإماء واحدة بقرعة (وطلق) من الزوجات (واحدة بقرعة) لما تقدم ، وهي طريقة القاضي في خلافه ؛ لأن صفة الأولية شاملة لكل واحدة منهن بانفرادها ، والمعتق ونحوه إنما أراد عتق أو طلاق إحداهن ، فتميز بالقرعة ، إذ لا سبيل الى معرفتها إلا بها ، نص عليه في رواية مهنا ، وجزم به في «المغني» وغيره ، وهو المذهب (لا أنه لا يعتق شيء خلافاً له) ؛ أي : لصاحب «الإقناع» ، فإنه قال في كتاب الطلاق في أثناء فصل (في مسائل متفرقة) وأول من تقوم منكن فهي طالق ، أو أول من قام من عبيدي فهو حر، فقام الكل دفعة واحدة ؛ لم يقع طلاق ولا عتق انتهى . وما ذكره هناك تبع فيه «الشرح» و«المبدع» وهو احتمال مرجوح[1] (وإن) قال لإمائه أو زوجاته : أول من قامت منكن فهي حرة فـ (قام) منهن (اثنتان فأكثر معاً، ثم قامت) منهن (أخرى ؛ وقع) العتق أو الطلاق (بمن قام) منهن (أولاً) وتخرج بقرعة (و) إن قال جائز التصرف : (آخر من أملكه) فهو (حر ، فملك عبيداً) أو إماءاً أو من الصنفين واحداً بعد واحد (ثم مات)السيد

---

(١) أقول : تبع « الاقناع » هنـاك «المبدع » و « المغني » و « الشرح » ولم يذكر شارحـه أنه احتمال مرجوح ، لكن قال : مقتضى ما تقدم في العتق أنه يقع بواحدة ، وتخرج بقرعة . انتهى .

(فـ) يعتق (آخرهم) ملكا (من حين ملكه) سواء كان الملك بشراء أو اتهاب أو اصداق أو غيره ؛ لأن السيد ما دام حياً يحتمل أن يشتري ونحوه آخر بعد الذي في ملكه ، فيكون هو الآخر ، فلا يحكم بعتق واحد من رقيقه ، فإذا مات علمنا أن آخر ما ملكه هو الذي وقع عليه العتق يقيناً (وكسبه) ؛ أي : الذي تبين عتقه (له) دون سيده ؛ لأنه حر من حين انتقاله اليه .

(ويحرم) على من قال : آخر قن أملكه حر (وطء أمة) اشتراها ونحوه بعد ذلك (حتى يملك غيرها) لاحتمال أن لا يملك بعدها قناً ، فتكون حرة من حين انتقالها اليه ، ويكون وطؤه في حرة أجنبية ؛ ولا يزول هذا الاحتمال إلا بملكه غيرها ، وكذا الثانية وهلم جرا ، كلما ملك أمة حرم عليه وطؤها حتى يملك غيرها .

(تنبيه) : فإن ملك قائل ذلك أمة ، وأتت منه بأولاد ، ومات ، وتبين أنها آخر ما يملك من الأرقاء ، كان أولادها أحراراً من حين علقت بهم ؛ لأنهم أولاد حرة فتبعوها ، وإن كان وطئها ثم تبين أنها آخر ، فعليه مهرها ؛ لأنه تبين أنه وطيء حرة بشبهة .

(و) إن قال (آخر من تدخل الحمام) من زوجاته (طالق ، فدخل بعضهن) ؛ أي : زوجاته (لم يحكم بطلاق واحدة منهن حتى ييأس من دخول غيرها بموته) ؛ أي: الزوج (أو) ييأس بـ (موتهن) ؛ أي : الزوجات (فيقع) الطلاق (بآخرهن دخولاً من حين موته ، وكذا) حكم (عتق) إذ لا فرق بينهما ، ومثلها في الحكم لو قال سيد لعبده : إن لم أضربك عشرة أسواط مثلاً فأنت حر ، ولم ينو وقتاً ؛ لم يعتق حتى يموت أحدهما ، فيعتق قبيل الموت ؛ لليأس من ضربه ، وإن باعه قبل ذلك ؛ صح ، ولم يفسخ البيع (ويتبع معتقه بصفة) علق عليها عتقها (ولد) ؛ أي : ولدها في عتقه بعتقها ان (كانت حاملاً به حال عتقها (بوجود الصفة المعلق عتقها عليها ؛ لوجود العتق فيها ، وهي حامل به ،

فتبعها ولدها في العتق كالمنجز عتقها (أو) كانت حاملاً به (حال تعليقه) ؛ أي : العتق ؛ لأنه كان حين التعليق كعضو من أعضائها ، فسرى التعليق اليه ، فلو وضعته قبل وجود الصفة ، ثم وجدت الصفة ؛ عتقت هي وولدها؛ لأنه تابع في الصفة ، فأشبه ما لو عتقت وهي حامل به .

و (لا) يتبعها في العتق (ما) ؛ أي : ولد (حملته ، ووضعته بينهما)؛ أي: بين التعليق ووجود الصفة ؛ لأن الصفة لم تتعلق به حال التعليق ولا حال وجود الصفة ، كما لو كان الولد موجوداً قبل التعليق .

(و) من قال لقنه : (أنت حر وعليك ألف) فإنه (يعتق بلا شيء) عليه؛ لأنه أعتقه بغير شرط ، وجعل عليه عوضاً لم يقبله ، فعتق ، ولم يلزمه شيء (و) إن قال له :أنت حر (على ألف أو) أنت حر (بألف ، أو)أنت حر (على أن تعطيني ألفاً ، أو) قال له : (بعتك نفسك بألف، لا يعتق حتى يقبل)لأنه أعتقه على عوض ، فلم يعتق بدون قبوله ،ولأن على تستعمل للشرط والعوض، كقوله تعالى : «قال له موسى هل أتبعك على أن تعلمني مما علمت رشداً»[1] وقال تعالى: « فهل نجعل لك خرجاً على أن تجعل بيننا وبينهم سداً »[2] وقال تعالى : « إني أريد أن أنكحك إحدى ابنتي هاتين على أن تأجرني ثماني حجج »[3]

(و) من قال لقنه : أنت حر (على أن تخدمني سنة) ونحوها كشهر فإنه (يعتق) في الحال (بلا قبول)منه (وتلزمه الخدمة) لأنه في معنى العتق واستثناء الخدمة، وهو صحيح (وكذا لو استثنى خدمته مدة حياته أو)استثنى (نفعه مدة معلومة) فيصح لخبر سفينة (وللسيد بيعها) ؛ أي : بيع الخدمة ومدة النفع المعلومة (للعبد أو غيره) نقل حرب: لا بأس ببيعها من العبد أو ممن شاء ، قال في «الإقناع» ولعل المراد بالبيع الإجارة ؛ أي:لأن حقيقة البيع السابقة لا تتأتى

---

(١) سورة الكهف ، الآية : ٦٦ (٢) سورة الكهف ، الآية : ٩٤

(٣) سورة القصص ، الآية : ٢٧

في الخدمة المستثناة (وان مات سيد بأثنائها) ؛أي: المدة المعلومة (رجع ورثة عليه) ؛ أي: القن (بقيمة ما بقي من الخدمة) لأن العتق عقد لا يلحقه الفسخ ، فإذا تعذر فيه استيفاء العوض ؛ رجع الى قيمته كالنكاح والمصالح فيه عن دم عمد ، وان مات العبد في أثنائها ؛ رجع مستأجره على السيد أو ورثته بما يقابل ما بقي ،قاله شيخنا (ولو باعه) ؛ أي : باع السيد قنه(نفسه بمال في يده) ؛ أي : القن (صح) ذلك (وعتق) لأنه كالتعليق (وله) ؛ أي : السيد (ولاؤه) لعموم : « الولاء لمن أعتق » .

(و) إن قال لقنه : (جعلت عتقك اليك أو) قال له : (خيرتك) في عتقك (ونوى) بذلك (تفويضه) ؛ أي : العتق (اليه) ؛ أي : القن (فأعتق) القن (نفسه في المجلس ؛ عتق وإلا) يعتق نفسه في المجلس (فلا) يعتق لتراخيه بذلك (و) ان قال قن لآخر : (اشترني من سيدي بهذا المال وأعتقني، فاشتراه بعينه)؛ أي : المال الذي أعطاه له القن، وأعتقه (لم يصحا) ؛أي: الشراء والعتق لشرائه بعين مال غيره بغير إذنه ، فلم يصح الشراء ، ولم ينفذ العتق ؛ لأنه أعتق مملوك غيره بغير إذنه، وما أخذه السيد فماله (وإلا) يشتره بعين المال بأن اشتراه بثمن في ذمته وأعتقه ، صح الشراء و (عتق ولزم مشتريه) الثمن (المسمى) في البيع ، وما أخذه من العبد ودفعه لسيده ، فملك السيد لا يحسب من الثمن، وولاؤه لمشتر .

(تتمة) : لو قال لقنه : أنت حر إن شاء ؛ عتق في الحال .

(فصل : و) اذا قال : (كل مملوك لي حر (أو) قال : كل (عبد لي) حر (أو) كل مماليكي حر (أو) كل (رقيقي حر يعتق مدبروه ومكاتبوه وأمهات أولاده وشقص يملكه وعبيد عبده التاجر) نصاً، ولو استغرقهم دين عبده التاجر؛ لأن لفظه عام فيهم ؛ فيعتقون كما لو عينهم .

(و) ان قال (عبدي حر أو) قال (أمتي حرة أو) قال (زوجته طالق،

ولم ينو معيناً) من عبيده ولا إمائه ولا زوجاته (عتق) الكل من عبيده وإمائه (وطلق الكل) من زوجاته نصاً (لأنه) ؛أي :لفظ عبدي أو أمتي أو زوجتي (مفرد مضاف ، فيعم) العبيد أو الإماء أو الزوجات . قال أحمد في رواية حرب : لو كان له نسوة ،فقال : امرأتي طالق، أذهب إلى قول ابن عباس: يقع عليهن الطلاق، وليس هذا مثل قوله:إحدى الزوجات طالق، قال الله تعالى: « وإن تعدوا نعمة الله لا تحصوها » [1] وقال « أحل لكم ليلة الصيام الرفث إلى نسائكم » [2] وهذا شامل لكل نعمة وكل ليلة . وقال صلى الله عليه وسلم : « صلاة الجماعة تفضل على صلاة الفذ بسبع وعشرين درجة » . وهي تعم كل صلاة جماعة (و) إن قال (أحد عبدي) حر (أو) قال أحد (عبيدي) حر (أو) قال (بعضهم) ؛أي: عبيدي (حر ، ولم ينوه) ؛أي: ولم يعينه بالنية (أو عينه) بلفظه (ونسيه) أقرع بينهم ، فمن خرجت له القرعة ؛ عتق. (أو أدى أحد مكاتبيه)ما عليه (وجهل) المؤدي (ومات بعضهم) ؛أي: العبيد والمكاتبين (أو) مات (السيد) أو لم يمت لا بعضهم ولا السيد (أقرع) السيد بينهم (أو) أقرع (وارثه) ؛ أي: السيد بينهم (فمن خرج) منهم بالقرعة (ف)هو (حر من حين العتق) وكسبه له ؛ لأن مستحق العتق في هذه الصور واحد لا بعينه ، فأشبه ما لو أعتق جميعهم في مرض موته ، ولم تجز الورثة . وإن قال لأمتيه :إحداكما حرة ، ولم ينو واحدة بعينها ، عتقت إحداهما بقرعة ؛ لما سبق، وحرم عليه وطؤهما بدون قرعة ؛ لأن إحداهما عتقت ، وهي مجهولة ،فوجب الكف عنها إلى القرعة ، فإن وطىء واحدة منهما ، لم تعتق الأخرى بذلك ، بل لا بد من القرعة ، كما لو أعتق واحدة منها معينة ، ثم نسيها . وإن مات أحد العبدين اللذين قال سيدهما : أحدكما حر ؛ أقرع بين الميت وبين الحي كما لو لم يمت (ومتى بان لناس) ؛ أي : من أعتق معيناً من عبيده أو إمائه ونسيه(أو)

---

(١) سورة ابراهيم ، الآية : ٣٤ (٢) سورة البقرة ، الآية : ١٨٧

بان لـ(جاهل) فيما إذا أدى أحد مكاتبيه ما عليه ، وجهله (أن عتيقه أخطأته القرعة ؛ عتق) الذي أخطأته القرعة ؛ لأنه تبين أنه المعتق (وبطل عتق المخرج) لأنه قد تبين أن العتيق غيره (اذا لم يحكم بالقرعة) فإن حكم بها حاكم عتقا ؛ لأن في ابطال عتق المخرج نقضاً لحكم الحاكم بالقرعة ، ويأتي في القضاء أن قرعة الحاكم نفسها حكم ، فلا يحتاج الحاكم مع القرعة إلى الحكم بها كتزويج اليتيمة ، وإذا أعتق معيناً ، ثم نسيه ، ثم تذكره قبل القرعة ؛ فإنه يقبل تعيينه ؛ لأنه نحو متهم فيه ، فيعتق من عينه للعتق (و) قال مالك رقيقين (أعتقت هذا ، لا بل هذا عتقا) جميعاً ؛ لأن إضرابه عن الأول لا يبطله (وكذا) الحكم في (إقرار وارث) إذا قال: موروثي أعتق هذا ، لا بل هذا ؛ عتق الاثنان ، ولما يأتي في الطلاق .

(وإن أعتق) مالك رقيقين (أحدهما بشرط ، فمات أحدهما) قبل وجوده (أو باعه) ؛ أي: باع السيد أحدهما (أو أعتقه قبل) وجود (الشرط ، ثم وجد الشرط (عتق الباقي) منهما ؛ لوجود الشرط ؛ لأنه محل العتق دون الميت أو المبيع ، كما لو قال لعبديه : إن قدم زيد في هذا الشهر مثلا فأحدكما حر ، فمات أحدهما ، أو باعه السيد قبل قدوم زيد ، ثم قدم زيد في الشهر المعلق عتقه على قدومه فيه ، عتق الباقي في ملكه ؛ لمصادفته وجود الشرط لمن هو محل لوقوع العتق (كقوله) ؛ أي : المالك (له ولأجنبي) : أحدكما حر (أو) قوله لقنه و (بهيمة : أحدكما حر ؛ فيعتق) قنه (وحده) دون الأجنبي (وكذا الطلاق) فيما إذا كان له زوجتان ، وعلق طلاق احداهما مبهمة بشرط ، ثم ماتت إحداهما أو بانت قبل وجود الشرط ، ثم وجد والأخرى في عصمته ؛ فإنها تطلق ، وكذا لو قال لها ولأجنبية أو بهيمة: إحداكما طالق .

(فصل : ومن أعتق في مرضه) ؛ أي : مرض موته المخوف ، ومثله ما ألحق به كمن قدم لقتل أو حبس له ، أو وقع الطاعون ببلده ونحوه (جزءاً

من) رقيق (مختص به أو) من رقيق (مشترك أو دبره) ؛ أي : دبر جزءاً من مختص به أو مشترك ؛ كأن يقول : إذا مت فنصف رقيقي حر ، ومثله لو وصى بعتق جزء من رقيقه (ومات ، ومثله) حين الموت (يحتمله) ؛ أي : يحتمل قيمته (كله عتق) الرقيق كله بالسراية إلى باقيه من ثلث ماله ؛ لأن ملك المعتق لثلث مـــاله ملك تام يملك التصرف فيه بالتبرع وغيره ، أشبه عتق الصحيح الموسر .

(ولشريك) في رقيق مشترك بينه وبين مريض (ما يقابل حصته) ؛ أي : الشريك (من قيمته) ؛ أي : المشترك يوم عتقه يعطى له من التركة ؛ لقوله عليه الصلاة والسلام : « وأعطى شركاءه حصصهم » . (فلو مات) الرقيق الذي أعتق سيده جزءاً منه في مرضـه (قبل) موت (سيده) ثم مات سيده (عتق بقدر ثلثه) ؛ أي : ثلث مال السيد عند الموت ، بخلاف المدبر والموصى بعتقه ؛ فإنه يموت قناً .

(ومن أعتق في مرضه) المخوف (ستة) أعبـد أو إماء أو ستة منها (قيمتهم سواء وثلثه يحتملهم) ظاهراً (ثم ظهر) على معتقهم (دين يستغرقهم) ؛ أي : الستة (بيعوا) كلهم (فيه) ؛ أي : الدين ؛ لتبين بطلان عتقهم بظهور الدين ، ويكون عتقهم فيه وصية ، والدين مقدم على الوصيـة ؛ لقول علي : « قضى رسول الله صلى الله عليه وسلم بالدين قبل الوصية » . (وإن استغرق) الدين (بعضهم) ؛ أي : الستة (بيـع) منهم (بقدره) ؛ أي : الدين (ما لم يلتزم وارثه) ؛ أي : المعتق (بقضاء) ؛ أي : الدين (فيها) ؛ أي : فيما إذا استغرقهم الدين جميعهم ، وأما إذا أستغرق بعضهم ، فإن التزم بقضائه عتقوا ؛ لأن المانع من نفاذ العتق الدين ، فإذا سقط بقضاء الوارث ؛ وجب نفوذ العتق .

(وإن) لم يظهر عليه دين و (لم يعلم له مال غيرهم) ؛ أي : الستة الذين أعتقهم ، ولم تجز الورثة عتق جميعهم (عتق ثلثهم) فقط (فإن ظهر له) ؛ أي :

الميت (مال) بعد ذلك (يخرجون) ؛ أي : الستة (من ثلثه عتق من أرق منهم من حين العتق) ؛ أي : من حين أعتقهم الميت ؛ لأن تصرف المريض في ثلثه نافذ ، وقد بان أنهم ثلث ماله ، وخفاء ما يظهر من المال علينا لا يمنع كون العتق موجوداً من حينه (وتصرفهم) نافذ (ك)تصرف (حر) وما كسبوه بعد عتقهم لهم ، وإن تصرف فيهم وارث ببيع أو غيره ؛ فتصرفه باطل ؛ لأنه تصرف في حر من غير ولاية عليه (والا) جزءاً ، يظهر له مال غيرهم ولا دين (جزأناهم ثلاثة) أجزاء ، (كل اثنين جزءاً وأقرعنا بينهم بسهم بحرية وسهمي رق ، فمن خرج له) منهم (سهم الحرية ؛ عتق ، ورق الباقون) لحديث عمران بن حصين : « أن رجلاً من الأنصار أعتق ستة مملوكين في مرضه لا مال له غيرهم ، فجزأهم رسول الله صلى الله عليه وسلم ، فأعتق اثنين وأرق أربعة » . رواه مسلم وأبو داود وسائر أصحاب السنن ، ورواه الإمام أحمد بإسناده عن أبي زيد الأنصاري الصحابي ، وروي نحوه عن أبي هريرة مرفوعاً . ولأن العتق حق في تفريقه ضرر ، فوجب جمعه بالقرعة ، كقسمة الإجبار اذا طلبها أحد الشركاء ، والوصية لا ضرر في تفريقها ، بخلاف مسألتنا ، وإن سلمنا مخالفته لقياس الأصول ؛ فرسول الله صلى الله عليه وسلم : واجب الاتباع ، سواء وافق نصه القياس أولا . هذا إن تساووا في القيمة ، فإن اختلفت كستة ، قيمة اثنين ثلاثمائة ثلاثمائة ، واثنين مائتان مائتان واثنين مائه مائة ؛ جعلت الاثنين اللذين قيمتها أربعمائة جزءاً وكل واحد من الأولين جزءاً ، وقس على ذلك ، هذا إن اعتقهم دفعة ، فإن أعتقهم واحداً بعد آخر ؛ فإنه يبدأ بالأول فالأول ، خلافاً « للمبدع » هنا .

(وان كانوا) ؛ أي : العتقاء دفعة في المرض (ثمانية) وقيمتهم سواء ، ولم يخرجوا من ثلثه ، ولم تجز الورثة عتقهم (فإن شاء أقرع بينهم بسهمي حرية وخمسة) أسهم (رق ، وسهم لمن ثلثاه حر) لأن الغرض خروج الثلث بالقرعة ، فكيف اتفق حصل ذلك الغرض (وإن شاء جزأهم أربعة) أجزاء (وأقرع)

بينهم (بسهم حرية وثلاثة رق ، ثم أعادها) ؛ أي: القرعة بين الستة (لإخراج من ثلثاه حر) ليظهر العتيق منهم (وكيف أقرع جاز) بأن يجعل ثلاثة جزءاً، وثلاثة جزءاً ، والاثنين جزءاً ، فإن خرجت القرعة على الاثنين ؛ عتقا، ويكمل الثلث بالقرعة من الباقين ، وإن خرجت لثلاثة أقرع بينهم بسهمي حرية وسهم رق لمن ثلثاه حر ، وإن كان جميع ماله عبدين ، وأعتقهما ؛ أقرعنا بينهما بسهم حرية وسهم رق على كل حال .

(وإن أعتق) في مرضه المخوف (عبدين قيمة أحدهما مائتان و) قيمة (الآخر ثلاثمائة ؛ جمعت الخمسمائة فجعلتها الثلث) إن لم تجز الورثة عتقهما لئلا يكون فيه كسر ، فتعسر النسبة اليه (ثم أقرعت) بين العبدين ، ليتميز العتيق من غيره (فإن وقعت) القرعة (على من قيمته مائتان ضربتها في ثلاثة) مخرج الثلث ، كما تعمل في مجموع القيمه (تكن ستمائة ثم تنسب منها) ؛ أي : من حاصل الضرب وهو الستمائة (الخمسمائة) لأنها الثلث تقديرا (فيعتق خمسة أسداسه) لأن الخمسمائة خمسة أسداس الستمائة (وإن وقعت) القرعة (على) العبد (الآخر) الذي قيمته ثلاثمائة (عتق) منه (خمسة أتساعه) لأنك تضرب قيمته وهي الثلاثمائة في الثلاثة ؛ تكن تسعمائة ، فتنسب منها الخمسمائة تكن خمسة أتساعها (وكل ما يأتي من هذا) الباب (فسبيله) ؛ أي: طريقه (أن تضرب في ثلاثة) مخرج الثلث (ليخرج) صحيحاً بلا (كسر) .

(ومن أعتق) عبداً (مبهما من) أعبد (ثلاثة) لا يملك غيرهم (فمات أحدهم) ؛ أي : أحد العبيد الثلاثة (في حياته) ؛ أي : السيد المريض (أقرع بينه) ؛ أي : الميت (وبين الحيين) لأن الحرية انما تنفذ في الثلث ؛ أشبه مالو أعتق واحداً منهم معيناً (فإن وقعت) القرعة (عليه) ؛ أي : الميت (رقاً) كما لو كان حياً (و) ان وقعت القرعة (على أحدهما) ؛ أي : الحيين (عتق) من خرجت له القرعة(إذا خرج من الثلث) عند الموت ؛ لأن تصرف المريض

معتبر من الثلث ، ولم يشترطوا فيما إذا وقعت القرعة على الميت خروجه من الثلث ؛ لأن قيمة الميت إن كانت وفق الثلث ؛ فلا إشكال، وإن كانت أكثر فالزائد على الثلث هلك على مالكه ، وإن كانت أقل فلا يعتق من الآخرين شيء ؛ لأنه لم يعتق إلا واحداً . قال شارح « الإقناع » : إن كسب شيئاً بعد العتق، ثم مات ؛ اعتبر من الثلث ؛ لأجل أن ترث ورثته ما كسبه بجزئه الحر أو بكله إن خرج من الثلث .

(وإن أعتق) مريض (الثلاثة في مرضه) وهو لا يملك غيرهم (فمات أحدهم في حياته ، أو وصى بعتقهم) ؛ أي : الثلاثة (فمات أحدهم بعده) ؛ أي : الموصي (وقبل عتقهم ، أو دبرهم) ؛ أي : الثلاثة (أو) دبر (بعضهم ووصى بعتق الباقين) منهم ، ولم تجز الورثة (فمات أحدهم ؛ أقرع بينه) ؛ أي : الميت (وبين الحيين) على ما تقدم ؛ لأن العتق إنما ينفذ في الثلث ؛ أشبه ما لو أعتق أحدهم مبهما ، إلا أن الميت هنا إن كانت قيمته أقل من الثلث ، ووقعت القرعة عليه ؛ عتق من أحد الحيين تتمة الثلث بالقرعة .

باب التدبير

يقال : دابر الرجل يدابر مدابرة : إذا مات ، فسمي العتق بعد الموت تدبيراً ؛ لأن الوفاة دبر الحياة . وقال ابن عقيل : هو مشتق من إدباره من الدنيا ، ولا يستعمل في شيء بعد الموت من وصية ووقف وغيرهما ، فهو لفظ يختص به العتق بعد الموت .

وهو (تعليق العتق بالموت) ؛ أي : موت المعلق (فلا تصح وصيته به) ؛ أي : التدبير ، وتقدم في الوصية : لا يصح بمدبر . والأصل فيه حديث جابر :

«أن رجلاً من الأنصار أعتق غلاماً له عن دبر ، ولم يكن له غلام غيره ، فبلغ ذلك النبي صلى الله عليه وسلم، فقال : «من يشتريه مني؟» فاشتراه نعيم بن عبد الله بثمانمائة درهم ، فدفعها إليه . متفق عليه . وفي رواية : « وقال : أنت أحوج منه » .

(ويعتبر كونه) ؛ أي : التدبير (ممن تصح وصيته) فيصح من محجور عليه لسفه ومميز يعقله ، ويعتبر لعتق مدبر خروجه (من ثلثه) ؛ أي: مال السيد لمدبر يوم موته ، لأنه تبرع بعد الموت ؛ أشبه الوصية، بخلاف العتق في الصحة، والاستيلاد أقوى من التدبير لصحته من المجنون ، فإن اجتمع التدبير والوصية بالعتق تساويا ؛ لأنهما جميعاً عتق بعد الموت ، وإن اجتمع العتق في المرض والتدبير ؛ قدم العتق لسبقه ، فإن لم يف الثلث بالمدبرة وولدها التابع لها في التدبير ؛ أقرع بينهما ، فأيهما خرجت له القرعة عتق كله إن احتمله الثلث ، وإلا عتق منه بقدره إن لم تجز الورثة، وإن فضل من الثلث بعد عتقه شيء كمل الثلث بالعتق من الآخر ، فيعتق منه تمام الثلث .

(وإن قالا) ؛ أي : شريكان في عبد (لعبدهما) مثلا (إن متنا فأنت حر ، فمات أحدهما ؛ عتق نصيبه وباقيه) يعتق (بموت الآخر) نصاً ؛ لأنه من مقابلة الجملة بالجملة ، فينصرف إلى مقابلة البعض بالبعض كقوله : ركبوا دوابهم ولبسوا أثوابهم ؛ أي : كل إنسان ركب دابته ، ولبس ثوبه، وإن احتمله ثلث الأول عتق كله بالسراية .

(وصريحه) ؛ أي: التدبير (لفظ عتق و) لفظ (حرية معلقين بموته) ؛ أي : السيد، كأنت حر بعد موتي ، أو أنت عتيق بعد موتي ونحوه (ولفظ تدبير) كأنت مدبر (وما يتصرف منها) ؛ أي: العتق والحرية المعلقين بموته والتدبير (غير أمر) كدبر (و) غير (مضارع) كتدبر (و) غير (اسم فاعل) كمدبر بكسر الباء (وكنايات عتق منجز تكون تدبيراً) ؛ أي :

كنـايات للتدبير (إذا علقت بالموت) كقوله : إن مت فأنت لله ، أو فأنت مولاي ، أو فأنت سائبة .

(ويصح) التدبير (مطلقاً) ؛ أي : غير مقيدولا معلق (ك)قوله(أنت مدبر) أو قد دبرتك ؛ فإنه يصير مدبراً بنفس اللفظ من غير افتقـار إلى نية (ولا يملك) السيد (تقييده) ؛ أي : التدبير كقوله : إن مت في مرضي هذا أو سفري هذا أو بلدي هذا فأنت حر (بعد) قوله له أنت مدبر ؛ لأنه رجوع منه عن الإطلاق الأول ؛ فهو كالرجوع عن التدبير ، وكذا لو قال لمدبره بعد تدبيره : إن أديت إلى ورثتي كذا فأنت حر ؛ فهو رجوع عن التدبير فلا يصح (بخلاف عكسه) كقوله لقنـه أولا ؛ أنت حر إن مت في مرضي هذا ، ثم قال له: أنت مدبر ؛ فيصح؛ لأنه زيادة ، فلا يمنع منه(و)يصح التدبير (مقيداً ك)قوله (إن مت في عامي) هذا (أو) إن مت في (مرضي هذا ، فأنت مدبر) فإن مات على الصفة التي قالها ؛ عتق ان خرج من الثلث ، وإلا فلا .

(و) يصح التدبير (معلقاً ك)قوله (إذا قدم زيد فأنت مدبر) وإن شفى الله مريضي فأنت حر بعد موتي ونحوه ، فإن وجد الشرط في حياة سيده صار مدبراً ، وإلا فلا .

(و) يصح التدبير (مؤقتاً ك)قوله : (أنت مدبر اليوم) قال مهنّا : سألت أحمد عمن قال لعبده: أنت مدبر اليوم، قال: يكون مدبراً ذلك اليوم، فإن مات مولاه ذلك اليوم ؛ صار حراً (أو) أنت مدبر (سنة) فيكون مدبراً تلك المدة ، فإن مات سيده فيها عتق ، وإلا فلا (وإن) قال لقنه : إن شئت فأنت مدبر (أو متى) شئت فأنت مدبر (أو إذا شئت فأنت مدبر فشاء) القن (في حياة سيده) ولو متراخياً (صار مدبراً) لوجود شرطه (وإلا)يشأ في حياة سيده (فلا) يصير مدبراً ؛ لأن المدبر من علق عتقه بالموت ، فلولم يشأ

الا بعد الموت ؛ لا يكون مدبراً ؛ لأنه لا يمكن حدوث التدبير بعد الموت (ك)قول السيد (إذا مت فأنت حر أولا) فلا يعتق ، وكذلك قوله إذا مت فأنت حر أو لست بحر ؛ لأنه استفهام لا إعتاق (أو)قال لقنه (ان شئت بعد موتي فأنت حر) أو أي وقت شئت بعد موتي فأنت حر ؛ لم يصح التعليق ، ولم يعتق ؛ لأن التدبير تعليق العتق بالموت ، فلا يمكن حدوثه بعد الموت

(و) إن قال لقنه (اذا قرأت القرآن فأنت مدبر فـ)لا يصير مدبراً (حتى يقرأ) القرآن (جميعه) في حياة السيد ؛ لأنه عرفه بأل المقتضية للاستغراق، فعاد إلى جميعه ، وأما قوله تعالى :« فإذا قرأت القرآن فاستعذ بالله »[1] الآية؛ فإنما حمل على بعضه بدليل ، ولأن قرينة الحال هنا تقتضي قراءة جميعه ؛ لأن الظاهر أنه أراد ترغيبه في قراءة القرآن ، فتتعلق الحرية به (بخلاف) مالو قال له (إذا قرأت قرآنا) فأنت مدبر ؛ فإنه يصير مدبراً بقراءة بعضه ؛ لأنه نكرة في سياق الشرط ، فيعم ؛ أي بعض كان ، وليس في لفظه ما يقتضي استيعابه (وليس) التدبير (بوصية) بل تعليق العتق بالموت (فلا يبطل) التدبير (بإبطال و) لا (رجوع) كقول السيد رجعت فيه (و) لا يبطل (بجحود) ؛ أي : انكار ، وتصح الدعوى من العبد على سيده بانه دبره ؛لأنه يدعي استحقاق العتق ، فإن أنكر السيد ، ولم يكن للمدبر بينة ؛ قبل قول السيد مع يمينه ؛ لأن الأصل عدمه ، وجحده التدبير ليس رجوعاً (و)لا يبطل بـ(أسر) للقن المدبر (و) لا يبطل بر(هن) بأن رهنه سيده (فإن مات سيد) وهو رهن (عتق) إن خرج من الثلث ، (وأخذ) المرتهن (من تركته)؛أي: تركة السيد (قيمته) ؛ أي : قيمة الرهن المدبر تجعل (رهناً) مكانه إلى حلول الدين ، وإن كان حالا وفي دينه .

---

(١) سورة النحل ، الآية : ٩٨

(تتمة) : وإن ارتد المدبر ، ولحق بدار حرب ؛ لم يبطل تدبيره ؛ لأن ردته لا تنافيه .

وإن سباه المسلمون ، وأعلمو سيده ؛ لم يملكوه ، ويرد الى سيده إن علم به قبل قسمه كسائر أموال المسلمين المأخوذة منهم ،ويستتاب المدبر المرتد ثلاثة أيام ، فإن تاب وإلا قتل ، وإن لم يعرف سيد المدبر المأخوذ من الكفار حتى قسم المدبر ملكه من وقع في قسمه ، فإن اختار سيده أخذه بالثمن الذي حسب به على آخذه به ، وكذا لو أخذ منهم بشراء ، وإن لم يختر سيده أخذه بثمنه ؛ بطل تدبيره ؛ كما لو انتقل الملك فيه عن سيده بملك أو هبة . وإن مات السيد قبل سبي المدبر المرتد ؛ عتق حيث خرج من الثلث لموت سيده ، وهو باق في ملكه ، كما لو لم يلحق بدار الحرب ، فإن سبي بعد العتق لم يرد الى ورثة سيده ؛ لأن الحر لا يورث ، لكن يستتاب ثلاثة أيام ، فإن تاب وأسلم صار رقيقاً يقسم بين الغانمين ، وإن لم يتب ؛ قتل ؛ لأنه لا يجوز إقراره على كفره ؛ ولو كان المدبر ذمياً ، ولحق بدار الحرب ، ثم مات سيده أو أعتقه ، ثم قدر عليه المسلمون ، فسبوه ملكوه وقسموه ، وان ارتد السيد ودبر قناً في ردته ، ثم عاد الى الإسلام ؛ فالتدبير باق بحاله ، فإذا مات السيد ؛ عتق المدبر إن خرج من الثلث ، وإن قتل السيد لردته أو غيرها أو مات على ردته ؛ لم يعتق المدبر .

(ويصح وقف مدبر وهبته وبيعه ولو) كان المدبر (أمة أو) كان بيعه (في غير دين) نصاً ،وروي مثله عن عائشة . قال أبو إسحق الجوزجاني : صحت أحاديث بيع المدبر باستقامة الطرق ، وإذا صح الخبر استغني به عن غيره من رأى الناس ، ولأنه عتق معلق بصفة ، وثبت بقول المعتق ؛ فلم يمنع البيع كقوله : إن دخلت الدار فأنت حر ، ولأنه تبرع بمال بعد الموت ؛ فلم يمنع البيع في الحياة كالوصيه ، وماذكر أن ابن عمر روى أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : « لا يباع المدبر ، ولا يشترى » . فلم يصح ، ويحتمل أنه أراد بعد الموت أو

على الاستحباب ، فلا يصح قياسه على أم الولد ؛ لأن عتقهـا ثبت بغير اختيار سيدها ، وليس تبرعـــاً ، ويكون من رأس المال ، وباعت عائشة مدبرة لها سحرتها .

(ومتى عاد) المدبر بعد بيعه إلى ملك من دبره (بغير وقف) كعوده إليه بفسخ أو ارث أو عقـد (عاد التدبير) لأنه علق عتقه بصفة ، فإذا باعه ونحوه ، ثم عاد إليه ؛ عادت الصفة ، كما لو قال : أنت حر ان دخلت الدار ، فباعه ، ثم عاد إليه .

(وإن جنى) مدبر (بيـع) ؛ أي : جازبيعه في الجناية وتسليمه لوليها؛ لأنه قن (وإن) اختار سيده فداءه ؛ فله ذلك ، فإن (فدي) بأقل الأمرين من أرش الجناية وقيمته (بقي تدبيره) بحاله ، وصار كأنه لم يجن (وإن بيع بعضه) ؛ أي : المدبر في الجناية أو غيرها (فباقيه) الذي لم يبع (مدبر) بحاله (وإن مات) سيد المدبر (قبل بيعه) وقبل فدائه (عتق إن وفى ثلثه)؛أي: ثلث مخلف سيده (بها) ؛ أي : الجناية (وما ولدت مدبرة بعد) ؛ أي :بعد تدبيرها ، فولدها (بمنزلتها) سواء كانت حاملا بهحين التدبير ، أو حملت بعده؛ لقول عمر وابنه وجابر ولد المدبرة بمنزلتها ، ولم يعلم لهم في الصحابة مخالف ، ولأن الأم استحقت الحرية بموت سيدها ، فتبعها ولدهـا كأم الولد ، بخلاف التعليق بصفة في الحياة والوصية ؛ لأن التدبير آكد من كل منهما (ويكون) ولدها (مدبراً بنفسه ،فلا يبطل تدبيره)؛ أي : الولد (بنحو بيـع وموت أمه) بل يعتق بموت السيد كما لو كانت أمه باقية ؛ لعدم موجب البطلان،وماولدته قبل التدبير لا يتبعها فيه كالاستيلاد والكتابة ، وإن عتقت الأم المدبرةفي حياة السيد لم يعتق ولدها كغير المدبرة ؛ لانفصالهحتى يموت السيد ، فيعتق بالتدبير (فلو قالت) المدبرة (ولدت بعده) ؛ أي : التدبير ، فيتبعني ولدي(وأنكر سيدها) وقال : ولدت قبله (فقوله) ؛ أي : السيد ، وكذا اذا مات ،

واختلفت مع ورثته بعده ؛ فالقول قولهم بأيمانهم ؛ لأن الأصل بقاء رق الولد، وانتفاء الحرية عنه (وإن لم يف الثلث بمدبرة وولدها) بأن لم يخرجا جميعاً من ثلث مـال السيد (أقرع) بينها وبين ولدها كمدبرين لا قرابة بينهما اذا ضاق الثلث عنهما (وله) ؛ أي : سيد المدبرة (وطؤها وإن لم يشترطه) حال تدبيرها ، سواء كان يطأها قبل تدبيرها أولا ؛ لما روي عن عمر أنه دبر أمتين له ، وكان يطأهما . قال أحمد : لا أعلم أحداً كره ذلك غير الزهري ، ووجه جواز وطئها أنها مملوكته ، ولم تشتر نفسها منه ، فحل له وطؤها ؛ لعموم قوله تعالى : « أو ما ملكت أيمانهم فإنهم غير ملومين »[1] وقياساً على أم الولد (و) للسيد (وطؤ بنتها) ؛ أي : بنت مدبرته التابعة لأمها (إن لم يكن وطىء أمها) لتمام ملكه فيها واستحقاقها الحرية لا يزيد على استحقاق أمها ، وأمابنت المكاتبة فألحقت بأمها ، وأمها يحرم وطؤها ؛ فكذلك بنتها (ويبطل تدبيرها بإيلادها) ؛ أي : ولادتها من سيدها ما تصير به أم ولد ؛ لأن مقتضى التدبير العتق من الثلث ، ومقتضى الاستيلاد العتق من رأس المال ، وإن لم يملك غيرها ، ولا يمنع الدين عتقها ، وحيث كان الاستيلاد أقوى وجب أن يبطل به الأضعف الذي هو التدبير ؛ كملك الرقبة اذا طرأ على النكاح ؛ فإنه يبطله (وولد مدبر من أمة نفسه) التي اشتراها (إن صح تسريه) بها (كهو) ؛ أي : في أنه يتبعه ، وهذا مبني على إباحة تسري العبد ؛ لأن إباحة التسري تنبني على ثبوت الملك ، وولد الحر من أمته يتبعه في الحرية ، دون أمه المملوكة ، كذلك ولد المدبر من أمته يتبعه دون أمه ، والمذهب خلافه . قال في « الرعايتين » : ولا يكون ولد المدبر من أمته مثله في الأصح ، بل يتبع أمه . وقال في « الفائق » : وولد المدبر تابع أمه لا أباه على أصح الوجهين . قال في « الحاوي الصغير » : ولا يكون ولد المدبر مثله في أصح الوجهين . قال الزركشي

---

(١) سورة المؤمنون ، الاية : ٦

والخرقي : إنما حكم على ولد المدبرة، أما ولد المدبر فلا يتبع أباه مطلقاً ؛ أي : سواء كان مأذوناً له بالتسري أو لا على المذهب . انتهى . ويأتي في النفقات موضحاً . قال في « الفروع » (و) ولده (من غيرها) ؛ أي : من غير أمته (كأمه) قرابة ورقاً ؛ انتهى . فجزم بأنه كالأم (ومن كاتب مدبره) صح ، وهو قول ابن مسعود وأبي هريرة ، لأن التدبير إن كان عتقا بصفة لم يمنع الكتابة ، وكذا إن كان وصية كما لو وصى بعتقه ، ثم كاتبه (أو) كاتب (أم ولده) صح ؛ لأن الاستيلاد والكتابة سببان للعتق ، فلم يمنع أحدهما الآخر كتدبير المكاتب (أودبر مكاتبه صح) قال في « المبدع » : بغير خلاف نعلمه ؛ لأنه تعليق لعتقه بصفة ، وهو يملك إعتاقه ، فيملك التعليق .

(وعتق) مكاتب دبره سيده أو مدبر كاتبه سيده (بأداء) ما كوتب عليه ، وما بقي بيده له ، وبطل تدبيره (فإن مات سيده قبله) ؛ أي : قبل أدائه (وثلثه) ؛ أي : السيد (يحتمل ما عليه) ؛ أي : المكاتب من الكتابة (عتق كله) بالتدبير ، وبطلت الكتابة ، وما بيده لورثة سيده (وإلا) يحتمل ثلثه ما عليه كله (فـ)يعتق منه (بقدر ما يحتمله) ثلثه ؛ لأن المدبر يعتبر في في عتقه بالتدبير خروجه من الثلث (وسقط عنه) من الكتابة (بقدر ما عتق) منه بالتدبير ؛ لانتفاء محلها بالعتق ، ولورثة السيد من كسبه بقدر ما عتق منه (وهو على كتابته فيما بقي) عليه ؛ لأن محلها لم يعارضه شيء ، فإن خرج نصفه من الثلث عتق نصفه ، وسقط نصف كتابته ، وبقي نصفه ، والذي يحسب من الثلث إنما هو قيمة المدبر وقت موت سيده ؛ لأن المدبر لو لم يكن مكاتباً لاعتبرت قيمته .

(فائدة) : لو دبر إنسان أم ولده ، لم يصح التدبير ؛ إذ لا فائدة فيه ؛ لأن أم الولد تعتق بالموت مطلقاً ، بخلاف التدبير ؛ فإنه يتوقف على خروجه من الثلث (وكسبه) ؛ أي : المدبر الذي كاتبه سيده (ان عتق) كله بموت

سيده لسيده كالمدبر المحض (أو) بعض كسبه الذي (بقدر عتقه) إن لم يخرج كله من الثلث (لسيده لا لبسه) فهو تركة ؛ لأنه كان له قبل العتق فكذا بعده ؛ كما لو لم يكن مكاتباً .

(ويتجه) أن لبسه (المعتاد) يكون له دون سيده نقل ابن هانىء ما لا بد من لبسه له ؛ أي : العتيق ، بخلاف ما عليه من لباس زينة وتجمل وحلي ؛ فإنه للسيد كما جرت العادة بذلك ، وهو متجه [1] .

(ومن دبر شقصاً) من رقيق مشترك (لم يسر) التدبير (الى نصيب شريكه) ولو كان موسرا (بمجرده) ؛ أي ؛ التدبير ؛ لأن التدبير تعليق للعتق بصفة ، فلم يسر كتعليقه بدخول الدار ، ويفارق الاستيلاد ، فإنه آكد كما تقدم (بل) يسري تدبيره (بموته) ؛ أي : موت مدبره ، فإن مات عتق نصيبه إن خرج من الثلث بالتدبير ، وتقدم حكم سرايته الى نصيب شريكه في الباب قبله (فإن أعتقه) ؛ أي : المشترك المدبر بعضه (شريكه) الذي لم يدبر (سرى) إن كان موسرا (الى) الشقص (المدبر مضموناً) على المعتق بقيمته ؛ لحديث ابن عمر السابق في سراية العتق .

(ولو أسلم مدبر) لكافر (أو) أسلم (قن) لكافر (أو) أسلم (مكاتب لكافر ؛ ألزم بإزالة ملكه) عنه ، لئلا يبقى الكافر مالكا لمسلم مع إمكان بيعه ، بخلاف أم الولد (فإن أبى) الكافر إزالة ملكه عمن أسلم (بيع) ؛ أي : باعه الحاكم (عليه) إزالة لملكه عنه ؛ لقوله تعالى : « ولن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلا » [2] (ومن أنكر التدبير ، فشهد به) رجلان (عدلان أو) شهد رجل (عدل وامرأتان أو) رجل (عدل ، وحلف

---

(١) أقول : ذكره الجراعي ، وصرح به الخلوتي ، وصرح به في « الاقناع » في باب أمهات الاولاد . انتهى .

(٢) سورة النساء ، الآية : ١٤١

مدبر معه) يميناً (ثبت التدبير) وحكم به ؛ لأنه يتضمن إتلاف مال ؛ والمال يقبل فيه ماذكر (وكذا الكتابة) يقبل بها رجلان، أو رجل وامرأتان ، أو رجل ويمين ؛ لما ذكر (وحيث لابينة) للمدعي (حلف سيد على البت) أنه لم يدبره ؛ لأنه يحلف على فعل نفسه (و) إن كان المنكر للتدبير (ورثة) السيد بعد موته ؛ حلف كل واحد منهم (على نفي علم) ؛ أي : أنه لايعلم أن مورثه دبره ، لأنه يحلف على نفي فعل غيره (فمن نكل منهم) ؛ أي : الورثة قضى عليه بالنكول و (عتق نصيبه ، ولم يسر (العتق الى باقيه ، وكذلك إن أقر ؛ عتق نصيبه ، ولم يسر الى باقيه (لأن اعتاقه بفعل مدع) وهو المدبر ؛ لأنه موروث لا بفعل المقر ولا بفعل الناكل عن اليمين .

(ويبطل تدبير بقتل مدبر سيده) لأنه استعجل ماأجل له ، فعوقب بنقيض قصده ؛ كما حرم القاتل الميراث ، ولأن ذلك مما يتخذ وسيلة الى القتل المحرم لأجل العتق ، فمنع العتق سداً لذلك ، بخلاف أم الولد ؛ لأن إبطال الاستيلاد فيها يفضي الى نقل الملك فيها ، ولا سبيل اليه .

(ويتجه) بـ (احتمال) قوي أنه يبطل تدبيره ان قتل سيده (قتلا يمنع الإرث) بحيث يكون مضموناً بقصاص أو دية أو كفارة على ماسبق وإلا فلا ، وهو متجه .(١) .

وإن جرح قن سيده فدبره ، ثم سرى الجرح ، ومات السيد ؛ لم يبطل التدبير .

(١) أقول : صرح به في شرح « الاقناع » .

باب الكتابة

اسم مصدر بمعنى المكاتبة ، سميت بذلك ؛ لأن السيد يكتب بينه وبين رقيقه كتاباً بما اتفقا عليه ، وقيل من الكتب وهو الضم ؛ لأن المكاتب يضم بعض النجوم الى بعض ، ومنه سمي الخرز كتباً والكتيبة ؛ لانضمام بعضها الى بعض .

وشرعاً (بيع سيد رقيقه) ذكراً كان أو أنثى أو خنثى (نفسه) أو بيعه بعضه كنصفه ونحوه (بمال) فلا تصح على خنزير ونحوه (في ذمته) ؛ أي : الرقيق لامعين (مباح) فلا تصح على آنية ذهب أو فضة ونحوهما (معلوم) فلا يصح على مجهول لأنها بيع ، ولا يصح مع جهالة الثمن (يصح السلم فيه) فلا تصح في جوهر ؛ لئلا يفضي الى التنازع (منجم نجمين فصاعداً) ؛ أي : أكثر من نجمين (يعلم قدر) ؛ أي : مبلغ (كل نجم) بما عقد عليه من دراهم أو دنانير أو غيرهما (ومدته) ؛ أي : مدة النجم من شهر أو سنة ونحوهما ؛ لأن الكتابة مشتقة من الكتب ، وهو الضم ؛ فوجب افتقارها الى نجمين؛ ليضم أحدهما للآخر ، واشترط العلم بما لكل نجم من القسط والمدة ؛ لئلا يؤدي جهله الى التنازع ، ولا يشترط تساوي الأنجم ، فلو جعل نجم شهراً وآخر سنة ، أو جعل قسط أحدهما مائة والآخر خمسين ونحوه ، جاز ؛ لأن القصدُ العلم بقدر الأجل وقسطه ، وقد حصل بذلك ، والنجم هنا الوقت ؛ لأن العرب كانت لاتعرف الحساب ، وإنما تعرف الأوقات بطلوع النجوم كما قال بعضهم :

إذا سهيل أول الليل طلع ... فابن اللبون الحق والحق الجذع

(أو) بيع السيد رقيقه نفسه بـ (منفعة) منجمة (على أجلين) فأكثر كأن يكاتبه في المحرم على خدمته فيه وفي رجب، أو على خياطة ثوب ، أوعلى بناء حائط عينها ، فإن كاتبه على خدمة شهر معين أو سنة معينة ؛ لم تصح ؛ لأنه نجم واحد ، وأجمع المسلمون على مشروعية الكتابة؛ لقوله تعالى : « فكاتبوهم إن علمتم فيهم خيراً » [1] وقصة بريرة ، وقوله صلى الله عليه وسلم : « المكاتب عبد ما بقي عليه من كتابته درهم » رواه أبو داود .

(ولا يشترط) للكتابة (أجل له وقع في القدرة على الكسب فيه) فيصح توقيت النجمين بساعتين في الأصح قاله في « شرح المنتهى » ، وهو ظاهر كلام كثير من الأصحاب (خلافاً له) ؛ أي : لصاحب « الإقناع » في قوله : ولا توقيت النجمين بساعتين ونحوه ، بل يعتبر ماله وقع في القدرة على الكسب ، انتهى .

(وتصح) الكتابة (على خدمة مفردة) كأن يكاتبه على أن يخدمه في رجب وشعبان (أو) على خدمة (معها مال ان كان) المال (مؤجلا ولو الى أثناء مدة الخدمة) كأن كاتبه على خدمة شهر ودينار ، ويؤديه في أثنائه أو آخره ، واذا لم يسم الشهر كان عقب العقد كالإجارة . وان عين الشهر صح ، ولو اتصل بالعقد ؛ لأن المنع من الحلول في غير الخدمة للعجز عنه في الحال ، بخلاف الخدمة ؛ فإنه لا يشترط تأجيلها ، ويصح أن يكون أجل الدينار قبل الخدمة إن لم تكن متصلة بالعقد مثل أن يكاتبه في المحرم على دينار سلخ صفر وخدمته شهر رجب، وإن جعل محله نصف رجب أو انقضائه ؛ صح كما تقدم ؛ الخدمة بمنزلة العوض الحاصل في ابتداء مدتها ، فيكون محلها غير محل الدينار .

(وتسن) الكتابة (لمن) ؛ أي: رقيق (علم فيه خير) للآية (وهو) ؛ أي : الخير (هنا الكسب والأمانة) لقوله تعالى: « فكاتبوهم إن علمتم فيهم خيراً » [1]

---

(١) سورة النور ، الآية : ٣٣

قال احمد : الخير صدق وصلاح ووفاء بمال الكتابة ، والآية محمولة على الندب ؛ لقوله صلى الله عليه وسلم : « لا يحل مال امرىء مسلم إلا عن طيب نفس منه » . ولأنه دعاء الى إزالة ملك بعوض ، فلم يجبر السيد عليه كالبيع .

(وتكره) الكتابة (لمن لا كسب له) لئلا يصير كلًا على الناس ، ويحتاج الى المسألة (وتصح) الكتابة (لمبعض) بأن كاتب السيد بعض عبده الرقيق مع حرية بعضه (و) تصح كتابة رقيق (مميز) لأنه يصح تصرفه وبيعه بإذن وليه ، فصحت كتابته كالمكلف وإيجاب سيده الكتابة له اذن له في قبولها ، بخلاف الطفل والمجنون ، لكن يعتقان بالتعليق إن علق عتقهما على الأداء صريحاً ، وإلا يكن التعليق صريحاً ، فلا عتق ؛ لعدم ما يقتضيه .

و (لا) تصح الكتابة (منه) ؛أي: المميز بأن يكاتب مميز رقيقه (إلا بإذن وليه) لأنه تصرف في مال كالبيع .

(ولا) تصح كتابة (من) سيد (غير جائز التصرف) كسفيه ومحجور عليه لفلس ؛ لأنها عقد معاوضة كالبيع (أو) ؛ أي : ولا تصح كتابة (بغير قول) بأن يقول سيد لرقيقه : كاتبتك على كذا ؛ اذ لا مدخل للمعاطاة هنا ؛ لأنها لا تكون فيها صريحاً (ولا) تصح (كتابة مرهون) بعد قبضه ؛ لأنه محجور عليه فيه لحق المرتهن ؛ كما لا يصح بيعه ووقفه (وهو) ؛أي: الكتابة (في) الصحة و (المرض من رأس المال) على الصحيح من المذهب ، قاله في «الإنصاف» لأنها معاوضة ، فهي كالبيع والإجارة (لا من الثلث خلافاً لجمع) منهم الموفق والشارح وصاحب «المبدع» في اختيارهم أنها من الثلث .

(وتنعقد) الكتابة (بـ) قول سيد لرقيقه : (كاتبتك على كذا) لأنها إما بيع أو تعليق للعتق على الأداء ، وكلاهما يشترط له القول (مع قبوله) ؛أي : الرقيق الكتابة ؛ لأنه لفظها الموضوع لها ، فانعقدت بمجرده (وإن لم يقل)

السيد لرقيقه: (فإذا أديت) إلي ما كاتبتك عليه (فأنت حر) لأن الحرية موجب عقد الكتابة ، فيثبت عند تمامه كسائر أحكامه ، ولأن الكتابة عقد وضع للعتق بالأداء ، فلم يحتج الى لفظ العتق ولا نيته كالتدبير ، وما ذكروه من استعمال الكتابة في الخارجة ، وهي ضرب خراج معلوم يحتمله كسب المكاتب يؤديه منه كل يوم أو أسبوع أو شهر بحسب ما يتفقان عليه ؛ ليس بمشهور حتى يحتاج الى الاحتراز عنه ، فلا يمنع وقوع الحرية كسائر الألفاظ الصريحة ، على أن اللفظ المحتمل ينصرف بالقرائن الى أحد محتمليه كلفظ التدبير ، وهو صريح في الحرية كذلك .

(ومتى أدى) المكاتب (ما عليه) من كتابة (وقبضه) منه (سيده أو) قبضه منه (وليه) ؛ أي : السيد إن كان محجوراً عليه ؛ عتق؛ لأنه لم يبق لسيده عليه شيء ، ولا يعتق قبل أداء جميع الكتابة ؛ لمفهوم حديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده مرفوعاً : «المكاتب عبد ما بقي عليه درهم». رواه أبو داود. فدل بمفهومه على أنه اذا أدى جميع كتابته لا يبقى عبداً (أو أبرأه) ؛ أي : المكاتب (سيده) من كتابته برىء ، وعتق ؛ لأن ذمته خلت من مال الكتابة؛ أشبه ما لو أداه ، فإن أبرأه من بعضه برىء منه ، وهو على الكتابة فيما بقي ؛ لأن الإبراء كالأداء ، فإن كاتبه على دنانير فأبرأه من دراهم أو بالعكس ؛ لم تصح البراءة ؛ لأنه أبرأه مما لا يجب عليه إلا أن يزيد في البراءة لفظ مما لي عليك؛ فتصح البراءة منه اكتفاء بالمعنى .

(فائدة) : فإن اختلفا، فقال المكاتب : إنما أردت البراءة من مال الكتابة، وقال السيد :بل ظننت أن لي عليك النقد الذي أبرأتك منه ؛ فلم تقع البراءة موضعها ؛ فالقول قول السيد مع يمينه ؛ لأنه أعرف بنيته ، فإن مات السيد ، واختلف المكاتب والورثة ، فالقول قولهم مع أيمانهم ، ويحلفون على نفي العلم، وإن مات المكاتب ، واختلف ورثته وسيده ؛ فالقول قول السيد ؛ لما ذكرنا

(أو) أبرأه (وارث) لسيده (موسر) بقيمة باقية (من حقه) من دين الكتابة (عتق) عليه (كله) بالسراية ؛ لما تقدم فيمن أعتق شركا له في رقيق (وإلا) يكن الوارث موسراً ، بل كان معسراً وقت إبرائه لمكاتب من حقه (ف) انه يعتق نصيبه فقط بلا سراية ، والكتابة بحالها ؛ لأنه (رقيق ما بقي عليه درهم) للحديث السابق (وإن شرط) سيد (عليه) ؛ أي: رقيقه (خدمة معلومة بعد العتق ؛ جاز) وبه قال عطاء وابن شبرمة ؛ لما روي عن عمر أنه أعتق كل من يصلي من سبي العرب ، وشرط عليهم أنكم تخدمون الخليفة من بعدي ثلاث سنوات . ولأنه اشترط خدمة في عقد الكتابة ؛ أشبه ما لو شرطها قبل العتق ، ولأنه شرط نفعاً معلوماً ؛ أشبه ما لو شرط عوضاً معلوماً ، وما قيل إنه ينافي مقتضى العقد غير مسلم ؛ فإن مقتضاه العتق عند الأداء ، وهذا لا ينافيه .

(وصح) لمكاتب (اشتراط عتق) على سيده (عند أداء أول نجم) ؛ أي : اذا كاتبه سيده على ألفين في رأس كل شهر الف ، وشرط أن يعتق عند أداء الأول ؛ صح في قياس المذهب ، ويعتق عند أدائه ؛ لأن السيد لو أعتقه بغير أداء شيء ؛ صح ، فكذلك اذا أعتقه عند أداء البعض (وما بقي) عليه بعد أدائه النجم الأول (ف) هو (دين) عليه ، يتبع فيه بعد عتقه ، كما لو باعه نفسه به .

(وما فضل بيد مكاتب) بعد أداء ما عليه من مال الكتابة جميعه (ف) هو (له) ؛ أي: للمكاتب ؛ لأنه كان له قبل عتقه ، فبقي على ما كان .

(وتنفسخ) الكتابة (بموته) ؛ أي : المكاتب (قبل أدائه) جميع كتابته ، سواء خلف وفاء أو لا (وما بيده لسيده) نصاً ، لأنه مات وهو عبد ، كما لو لم يخلف وفاء ؛ لأنها عقد معاوضة على المكاتب – وقد تلف المعقود عليه قبل التسليم – فبطل ، وقتله كموته ، سواء قتله سيده أو أجنبي ، ولا قصاص على قاتله الحر ، فإن كان القاتل سيده ، ولم يخلف وفاءاً ؛ انفسخت الكتابة ، وعاد

ما في يده الى السيد ، ولم يجب عليه شيء ؛ لأنه لو وجب لوجب له ، فإن قيل: القاتل لا يستحق بالقتل شيئاً من تركة المقتول؛ قلنا: ههنا لا يرجع اليه مال المكاتب ميراثا ، بل بحكم ملكه عليه ؛ لزوال الكتابة ، وإنما منع القاتل الميراث خاصة، ألا ترى أن من له دين مؤجل اذا قتل من عليه الحق حل الدين .

(ولا بأس بتعجيل مال كتابة) قبل حلولها لسيده (ولو) كان طلب تعجيل ذلك (بوضع بعضه) ؛ أي: مال الكتابة عن المكاتب ؛ كأن يكاتبه على ألف في نجمين الى سنة ، ثم يقول له : عجل لي خمسمائة حتى أضع عنك الباقي ، أو أبرئك منه ، أو قال : صالحني منه على خمسمائة معجلة ؛ جاز ذلك ؛ لأن مال الكتابة غير مستقر ، وليس بدين صحيح ؛ لأنه لا يجبر على أدائه ، ولا تصح الكفالة به ، وما يؤديه الى سيده كسب عبده ، وإنما جعل الشرع هذا العقد وسيلة الى العتق ، وأوجب فيه التأجيل مبالغة في تحصيل العتق ، وتخفيفاً على المكاتب ، فإذا عجل على وجه يسقط به بعض ما عليه كان أبلغ في حصول العتق، وأخف على العبد ، وبهذا فارق سائر الديون ، ويفارق الأجانب من حيث إنه عبده ؛ فهو أشبه بعبده القن . وإن اتفقا على الزيادة في الأجل والدين كأن حل عليه نجم ، فقال : أخره الى كذا وأزيدك كذا ؛ لم يجز ؛ لأنه يشبه ربا الجاهلية المحرم .

(ويلزم سيداً) عجل مكاتبه كتابته (أخذ) مال (معجل بلا ضرر) على السيد في قبضه ، ويعتق . رواه أبو سعيد عن عمر وعثمان ، ولأن الأجل حق لمن عليه الدين ، فإذا قدمه فقد رضي بإسقاط حقه ، فسقط كسائر الحقوق ، لا يقال اذا علق عتق رقيقه على فعل في وقت ، ففعله في غيره لا يعتق ؛ لأن هذا صفة مجردة لا يعتق إلا بوجودها ، والكتابة معاوضة يعتق فيها بأداء العوض ، فافترقا ، فإن كان في قبضها قبل محلها ضرر ؛ بأن دفعها بطريق مخوف ، أو كانت مما يحتاج الى مخزن كالطعام والقطن ونحوه ؛ لم يلزم السيد

أخذهـا ؛ لأن الإنسان لا يلزمه التزام ضرر لا يقتضيه العقد ، ولا يعتق ببذله مع وجود الضرر .

(فإن أبى) السيد أخذ المعجل مع الضرر (جعله إمام في بيت المال) ثم أداه الى السيد وقت حلوله (وحكم بعتقه) ؛ أي : المكاتب في حال أخذ المعجل منه ؛ لما روى الأثرم بإسناده عن أبي بكر بن حزم أن رجلاً أتى عمر ، فقال : يا أمير المؤمنين ! إني كوتبت على كذا و كذا ، وإني أيسرت بالمال وأتيته به، فزعم أن لا يأخذها إلا نجوماً ، فقال عمر: يا يُرفأ خذ هذا المال، فاجعله في بيت المال ،وأد اليه نجوماً في كل عام ، وقد عتق هذا ، فلما رأى ذلك سيده أخذ المال . وعن عثمان نحوه .

(ومتى بان بعوض دفعه) مكاتب لسيده عن الكتابة (عيب فله) ؛ أي: السيد (أرشه) إن أمسك (أو عوضه) ؛ أي :المعيب (برده) عن المكاتب؛ لأن إطلاق الكتابة يقتضي سلامة عوضه ، وقد تعذر رد المكاتب رقيقـاً ، فوجب أرش العيب أو عوض المعيب ؛ جبراً لما اقتضاه إطلاق العقد (ولم يرتفع عتقه) لأنه ازالة ملك بعوض ؛ فلا يبطله رد المعوض بالعيب كالخلع (ولو أخذ سيده) ؛ أي : المكاتب منه (حقه ظاهراً ، ثم قال) السيد (هو حر ، فبان) مادفعه (مستحقاً) ؛ أي : مغصوباً ونحوه (لم يعتق) لفساد القبض ، وإنما قال هو حر اعتماداً على صحة القبض .

(وإن ادعى سيد تحريمه) ؛ أي : تحريم ما أحضره له مكاتبه ليقبضه له ؛ بأن قال سيده : هذا حرام أو غصب ؛ فلا يصح أن أقبضه منك،وأنكر المكاتب وكانت للسيد بينة بدعواه (قبل) قول السيد (ببينـة) وسمعت بينته ؛ لأن له حقاً في أن لايقتضي دينه من حرام ، ولا يأمن أن يرجع صاحبه عليه به (وإلا) يكن للسيد بينة (حلف مكاتب) أنه ملكه (ثم يجب) على السيد (أخذه ، ويعتق) المكاتب (به) ؛ أي : بأخذه ؛ لأن الأصل أنه

ملكه (ثم) إن كان السيد أضاف ملك مابيد المكاتب لشخص معين كما لو قال : هذا المال غصبه أو سرقه من زيد ؛ فإنه (يـــلزمه) ؛ أي : السيد اذا قبضه (رده) ؛ أي : رد ماأضاف ملكه الى معين (الى من أضافه اليه) لأنه أقر له أنه ملكه ، وإن لم يقبل في حق المكاتب ، فيقبل في حق نفسه ، كما لو قال رجل لعبد في يد غيره : هو حر ، وأنكر ذلك من العبد في يده ، لم يقبل قوله عليه ، فإذا انتقل الى القائل أنه حر بسبب من الأسباب، لزمته حريتـــه (وإن نكل) المكاتب عن الحلف أن مابيده ملكه (حلف سيده) أنـــه حرام ، ولم يلزمه قبوله ، وإن حلف المكاتب أنه ليس بحرام ، قيل للسيد إما أن تقبض ، وإما أن تبرئه ليعتق ، لأن الظاهر أنه ملكه .

(وكذا) حكم (كل ذي دين ومدين) ونفقة زوجة وصداقها ، وكل حق من قرض أو قيمة متلف أو أرش جنـاية أو ثمن مبيـع وأجرة اذا حضر بها من هي عليه ، وادعى من هي له أنها حرام أو غصب ؛ لم يجز له قبولهـا ، ولم يلزمه إن ثبت ذلك بإقرار المدين أو بينة (ولسيد) مكاتب اذا كان له عليه دينان ، دين الكتـابة ودين عن قرض أو ثمن مبيـع ونحوه (قبض مالا يفي بدينه ودين كتابة من دين له على مكاتبه) بأن ينوي السيد بما يقبضـه أنه غير دين الكتابة (و) له(تعجيزه)اذا قبض مابيده عن غير دين الكتابة ، ولم يبق بيده مايوفي كتابته منه و (لا) يملك السيد تعجيزه (قبل) أخذ (ذلك) الذي بيده بنية كونه (عن جهة الدين) لأن مابيده يمكن الوفاء منه في الجمـــلة (والاعتبار بقصد سيد) دون مكاتبه الدافع (وفائدته) ؛ أي : اعتبار قصد السيد (يمينه) ؛ أي : السيد (عند النزاع) ؛ أي : الاختلاف في نيته ؛ لأنه أدرى بها ، وهذا معنى ماقاله في « الرعاية » و « الفروع » وتقدم في الفصـل الثالث من باب الرهن أن من قضى أو أسقط بعض دين ، وببعضـه رهن أو كفيل وقع عما نواه ، فإن اطلق صرفه لما شاء ، فجعل هناك الاعتبار بنيـــة

الدافع والمسقط ، والقول قوله في النية ، وهنا الاعتبار بنية القابض. قال في « تصحيح الفروع » فقياس هذا أن المرجع في ذلك الى العبد المكاتب ، لا إلى سيده ، وميل « الإنصاف » الى هذا ، لكن صريح كلامهم هناك كما دريت ، وهنا كما رأيت .

(فصل : ويملك المكاتب كسبه ونفعه ، وكل تصرف يصلح ماله ، كبيع وشراء وإجارة واستئجار وأخذ بشفعة واستدانة) لأن الكتابة وضعت لتحصيل العتق ، ولا يحصل العتق إلا بأداء عوضه ، ولا يمكنه الأداء إلا بالتكسب ، وهذه أقوى أسبابه ، فإنه قد جاء في الأثر أن تسعة أعشار الرزق في التجارة .

(وتتعلق) ديون استدانها المكاتب ، وعجز عن أدائها (بذمته) دون رقبته . قال في «شرح المنتهى» على الأصح ؛ لأن حكم المكاتب في حال مكاتبته حكم الأحرار ، والحر اذا استدان ديوناً تعلقت بذمته ، فكذلك المكاتب ؛ لأن ذمته قابلة للاشتغال ، ولأنه في يد نفسه ، فليس من سيده غرور ، بخلاف المأذون له ، وفائدة تعلقها بالذمة أنه (يتبع بها بعد العتق) لأن ذلك حال يساره . وقوله (فإن عجز) المكاتب عن ديون المعاملة (تعلقت بذمة سيده ، وهم سرى اليه من عبارة « الإقناع » وهي : ولا يملك غريمه تعجيزه ، وإن عجز تعلقت بذمة سيده مع أنها واقعة في خبر النفي ، معطوفة على المنفي ، والتقدير : ولا يقال إن عجز علقت بذمة سيده ؛ لئلا يناقض ما ذكره أولاً من أنها تتعلق بذمته ، ويتبع بها بعد العتق ، ولئلا يخالف كلام الأصحاب ونص الإمام . قال في « المغني » و«الشرح» : فيما اذا مات المكاتب المدين ، ويستوفى منه دينه مما كان في يده ، فإن لم يف بها سقط . قال أحمد : ليس على سيده قضاء دينه ، هذا كان يسعى لنفسه . انتهى .

(وسفره) ؛ أي : المكاتب (ك) سفر (غريم) فلسيده منعه منه ، ولا يتأتى أن يوثق برهن يحرز أو كفيل مليء لأنهما لا يصحان بمال الكتابة .

(وله) ؛ أي : المكاتب (أخذ صدقة) واجبة ومستحبة ؛ لقوله تعالى : «وفي الرقاب» [1] وإذا جاز له الأخذ من الواجبة فالمستحبة أولى (ويلزم) مكاتباً شرط سيده عليه (تركها) ؛ أي : السفر وأخذ الصدقة (ك) ما يلزم (العقد) ؛ أي : عقد الكتابة (فيملك) سيده (تعجيزه) بسفره أو أخذه الصدقة عند شرط تركها ؛ لحديث : (المسلمون على شروطهم) . وكذا لو شرط عليه أن لايسأل الناس. قال أحمد : قال جابر بن عبد الله: هم على شروطهم إن رأيته يسأل تنهاه ، فإن قال : لا أعود لم يرده عن كتابته في مرة ، قال في «الشرح»: ظاهر هذا أن الشرط صحيح لازم ، وأنه ان خالف مرة لم يعجزه و (ان خالف) مرتين فأكثر فله تعجيزه .

(تنبيـــه) ظاهر كلامهم هنا أنه لايبطل الكتابة جمع بين شرطين فأكثر بخلاف البيع .

و (لا) يصح (شرط) سيده عليه (نوع تجارة) كأن يشترط عليه أن لايتجر إلا في نوع كذا ؛ لأنه ينافي مقتضى العقـــد الموضوع للعتق ، كشرطه عليه أن لايتجر أصلاً (وينفق مكاتب على نفسه) وزوجته (ورقيقه وولده التابع له) في كتابته من كسبه (ك) ولده (من أمته) لأن النفقـة تابعة للكسب ، وكسب من ذكر كله للمكاتب ، فإن لم يكن ولده تابعاً له ؛ بأن كان من زوجة ؛ فلا تلزمه نفقته

(فإن) عجز مكاتب عما عليه من كتابة و (لم يفسخ سيده كتابته لعجزه ؛ لزمته) ؛ أي : السيد(النفقة)على من ذكر ؛ لأنهم من أقاربه (وليس للمكاتب النفقة على ولده من أمة لغير سيده) ولو ولد بعد الكتابة ، لأنه تابع لأمه ، وليس المكاتب من أهل التبرع (ويتبعه) ؛ أي : المكاتب ولده في كتابتـه (من أمة سيده ان شرط) ذلك على سيده في العقد ، لحديث (المسلمون على

---

(١) سورة البقرة ، الآية : ١٧٧ وسورة التوبة ، الآية : ٦٠

شروطهم) فإن لم يشترطه فولده قن لسيده تبعاً ؛ لأمه ، كما لو كانت لغير سيده (ونفقة ولد مكاتب من مكاتبة ولو) كانت المكاتبة (لسيده) ؛ أي : المكاتب (على أمه ؛ لأنه يتبعها) وكسبه لها .

(وله) ؛ أي : المكاتب أن يقتص لنفسه ولو بلا إذن سيده (من جان على طرفه) ؛ أي : المكاتب ؛ لأنه لو عفا على مال لكان له ، فكذا بدله و (لا) يملك أن يقتص (من بعض رقيقه الجاني على بعض) لما في ذلك من تفويت حق السيد بإتلاف جزء من رقيقه الجاني من غير إذن سيده في ذلك ، لأنه ربما يعجز ، فيعود الرقيق لسيده ناقصاً ، ولأن تصرفه قاصر على ما يبتغي بفعله المصلحة دون غيره (ولا) يملك المكاتب (أن يكفر بمال) إلا بإذن سيده ؛ لأنه في حكم المعسر لأنه لا يلزمه زكاة ولا نفقة قريب حر (أو) ؛ أي : ولا أن (يسافر) مكاتب (لجهاد ؛ لتفويت حق سيده مع عدم وجوبه عليه إلا بإذن سيده (أو يتزوج) إلا بإذن سيده ؛ لأنه عهد ، فيدخل في عموم حديث : (أيما عبد نكح بغير إذن مواليه فهو عاهر) ولأن على السيد فيه ضرراً ؛ لاحتياجه لأداء المهر والنفقة من كسبه ، وربما عجز ورق ، فيرجع ناقص القيمة (أو يتسرى) إلا بإذن سيده ؛ لأن ملكه غير تام ، وفيه ضرر على السيد ، وربما أحبلها ، فتتلف أو تصير أم ولد ، فيمتنع عليه بيعها في أداء كتابته (أو يتبرع) إلا بإذن سيده لتعلق حق سيده بماله ، (أو يعير) دابته إلا بإذن سيده ؛ لأنه تبرع (أو يقرض) إلا بإذن سيده لأنه قد لا يرجع إليه ، فربما أفلس المقترض أو مات ، ولم يترك شيئاً ، أو هرب (أو يحابي) ؛ إلا بإذن سيده ، لأن المحاباة في معنى التبرع (أو يرهن) ماله إلا بإذن سيده ؛ لأن الرهن قد يتلف ، فيفوته على سيده (أو يضارب) إلا بإذن سيده ؛ لأنه تغرير بالمال ، وله أن يأخذ قراضاً لأنه من أنواع الكسب (أو يبيع نساءاً ولو برهن) أو ضمين إلا بإذن سيده ولو أضعاف قيمته ؛ لما فيه من الضرر على سيده ، وفيه غرر بتسليم ماله لغيره ، لأن الغريم والضمين قد يفلسان ، وإن

باع شيئاً بأكثر من قيمته حالا ، وجعل الزيادة مؤجلة جاز لأنه منفعة من غير مضرة (أو يهب ولو بعوض) مجهول الا بإذن سيده ؛ لأن حق السيد لم ينقطع عنه ، وقد يعجز ، فيعود اليه ، فإن وهب بعوض معلوم ؛ صح حيث لامحاباة ؛ لأنها بيع في الحقيقة (أو يتوسع في النفقة) إلا بإذن سيده (أو يزوج رقيقه) لأنه نوع تبرع (أو يحده) لأنه موضع ولاية ، وليس هو من أهلها (أو يعتقه ولو بمال) في ذمته ؛ لأنه نوع اعتاق أشبه العتق بغير مال (أو يكاتبه الا بإذن سيده) لأن الكتابة نوع إعتاق ، فلم تجز منه كالمنجز .

(تتمة) ليس للمكاتب أن يوصي بماله ؛ لأنها تبرع بعد الموت لكن تقدم : تصح وصيته إن مات حراً ، ولا يحط المكاتب عن المشتري شيئاً من الثمن ، ولا عن المستأجر شيئاً من الأجرة ونحو ذلك ؛ لأنه تبرع ، ولا يضمن مالاً ولا يتكفل ببدن أحد الا بإذن سيده في الكل ؛ لأن حق سيده لم ينقطع عنه ؛ اذ ربما عجز ؛ فعاد اليه كل مافي ملكه ، فإن أذن له السيد في شيء من ذلك جاز لأن المنع لحق السيد ، فإذا أذن زال المانع .

(وللولاء) على من أعتقه المكاتب ،أو كاتبه بإذن سيده فأدى ماعليه (لسيد) ولو مع عدم رجوعه الى الرق ؛ لأن العتق لا ينفك عن الولاء ، والولاء لا يوقف ؛ لأنه سبب يورث به ،فهو كالنسب ، إلا أن يؤدي المكاتب الأول ما عليه قبل أن يؤديه مكاتبه ما كوتب عليه ، فيكون ولاء كل منهما لسيده (و) له (ختنه) لأنه من مصلحة ملكه ، وله المطالبة بالشفعة ، والأخذ بها ، ولو من سيده ، وكذا السيد له الأخذ بالشفعة منه ؛ لأن المكاتب في البيع والشراء مع سيده كالأجنبي ، وله الشراء نسيئة ؛ لأنه لا غرر فيه ، وله أن يستسلف في ذمته وأن يقترض ؛ لأنه ينتفع بالمال .

(و) للمكاتب (تملك رحمه المحرم) كأبيه وأخيه وعمه وخاله (بهبة

ووصية ، و) له (شراؤهم وفداؤهم) اذا جنوا ، وهم في يده (ولو أضر ذلك في ماله) وأي: المكاتب ؛ لأن فيه تحصيلاً لحريتهم بتقدير عتقه ، والعتق مطلوب شرعاً (وله) ؛ أي : المكاتب (كسبهم) ؛ أي : من صار اليه من ذوي رحمه المحرم ؛ لأنهم عبيده أشبهوا الأجانب (ولا يبيعهم) ؛ أي : لا يصح أن يبيع المكاتب ذوي رحمه المحرم ؛ لأنه لا يملكه لو كان حراً ، فلا يملكه مكاتباً (فإن عجز رقوا معه) لأنهم من ماله ، فيصيرون للسيد كعبيده الأجانب (وإن أدى ، عتقوا معه ؛لأنه اذا عتق كمل ملكه فيهم ،وزال تعلق حق سيده عنهم ، فعتقوا حينئذ ؛ لزوال المعارض (وكذا) ؛ أي : وكحكم رحمه المحرم اذا صار اليه يكون (ولده من أمته) ؛ أي : أمة المكاتب ؛ لأنه من ذوي رحمه أشبه ما لو تملكه ، واذا عتق بأداء أبيه صارت أمه أم ولد يمتنع بيعها على المكاتب (وإن أعتق) المكاتب بأن أعتقه سيده بدون مال الكتابة (صاروا) ؛ أي : ذوو رحمه ورقيقه كلهم وأولاده من أمته (أرقاء للسيد) كرقيقه الأجنبي ؛ اذ ما بيده يعتق بغير أداء لسيده ، وتقدم .

(وله) ؛ أي : المكاتب (شراء من يعتق على سيده) كأبي سيده وعم ؛ لأنه لا ضرر فيه، (فإن عجز) المكاتب أو أعتقه سيده بلا أداء (عتق) من بيده ممن يعتق على سيده ؛ لزوال تعلق المكاتب عنه ، وخلوص ملكه للسيد (وإن أدي) المكاتب ما عليه من مال الكتابة (فـ) مكاتبه (رقيق) له (وولد) أمة (مكاتبة وضعته بعدها) ؛ أي : بعد كتابتها (يتبعها) ؛ أي : الأمة المكاتبة (في عتق بأداء) مال الكتابة لسيدها (أو) عتقها بـ (إبراء) من الكتابة ؛ لأن الكتابة سبب للعتق لا يجوز إبطاله من السيد بالاختيار ، أشبه الاستيلاد ، ولا يتبعها ما ولدته قبل الكتابة كأم الولد والمدبرة و (لا) يتبعها في العتق (بإعتاقها) بدون أداء أو إبراء كما لو لم تكن مكاتبة ويكون لسيدها (ولا) يعتق ولد المكاتبة (إن ماتت) قبل الأداء والإبراء كغير المكاتبة ، وإن قتل فقيمته

لها ، وكذا لو جنى عليه ؛ لأنه بمنزلة جزئها، وبدل جزئها لها. قاله في «الكافي» : (وولد بنتها) ؛ أي : المكاتبة التابعة لأمها ذكراً كان أو أنثى (كولدها) لأن الولد يتبع أمه ، والأم تابعة لأمها ، فيعتق إن عتقت الكبرى بأداء أو إبراء، لا بإعتاق وموت و (لا) يتبع المكاتبة (ولد ابنها) ذكراً كان أو أنثى ؛ لأنه يتبع أمه دون أبيه إن لم يكن من أمته ، فيتبعه كما تقدم في المكاتب ، ولا يتبعها ما ولدته قبل الكتابة ؛ لأنه لو باشرها بالعتق لا يتبعها ولدها ، فلأن لا يتبعها في الكتابة بطريق أولى . ولو أعتق السيد الولد دونها ؛ صح عتقه له نصاً؛ لأنه مملوك كأمه كما لو أعتقه معها .

(وإن اشترى مكاتب زوجته انفسخ نكاحها) أو اشترت المكاتبة زوجها؛ انفسخ النكاح ؛ لما يأتي من أنه متى ملك أحد الزوجين الآخر أو بعضه؛ انفسخ النكاح ، وملك المكاتب صحيح لما تقدم من ملكه لكسبه ومنافعه .

(وإن استولد) مكاتب (أمته) ثم عتق بأداء أو إبراء (صارت أم ولد) له ؛ فلا يصح منه بيعها ؛ لأن ولدها له حرمة الحرية ، ولهذا لا يجوز بيعه ويعتق بعتق أبيه ، أشبه ولد الحر من أمته (وعلى سيده) ؛ أي : المكاتب (بجنايته عليه) ؛ أي : المكاتب (أرشها) ؛ أي : الجناية (وعليه) ؛ أي : السيد لمكاتبه (بحبسه مدة) لمثلها أجرة (أرفق الأمرين) بالمكاتب (من إنظاره مثلها) ؛ أي : مدة حبسه بعد انقضاء مدة الكتابة (أو أجرة مثله) زمن حبسه؛ لأن عقد الكتابة ملحوظ فيه حظ المكاتب ، وقد تنازع فيه أمران ؛ فاعتبر أحظهما له لذلك .

(فصل : ويصح) في عقد كتابة ,شرط وطء مكاتبته) نصاً ؛ لبقاء أصل الملك كراهن يطأ بشرط ،ذكره في «عيون المسائل» ، ولأن بضعها من جملة منافعه ، فإذا استثنى نفعه ؛ صح ، كما لو استثنى منفعة أخرى ، وجاز وطؤه لها ؛ لأنها أمته ، وهي في جواز وطئه لها كغير المكاتبة لاستثنائه

و (لا) يصح شرط وطء (بنت لها) ؛ أي: لمكاتبه ؛ لأن حكم الكتابة فيها بالتبعية ، ولم يكن وطؤها مباحاً حالة العقد فيشترطه (فإن وطئها) ؛ أي : مكاتبته (بلا شرط) فلها المهر (أو) وطىء (بنتها) ؛أي: بنت مكاتبته (التي) هي وأمها (في ملكه أو) وطىء (أمتها) ؛ أي : أمة مكاتبته أو أمة مكاتبه (أدب عالم تحريم) ذلك الوطء (منها) ؛أي : الواطىء والموطوءة ؛ لارتكابه معصية ، ولا حد عليه ؛ لأنهن مملوكات له ، وربما عجزت المكاتبة ، فعدن لملكه ، والحدود تدرأ بالشبهات (ولها) ؛أي: الموطوءة عليه (المهر ولو) كانت (مطاوعة) لأنه وطء شبهة ، ولأنه عوض شيء مستحق للمكاتبة ، فكان لها كبقية منافعها ، وعدم منعها من وطئه ليس بإذن منها له في الفعل ، ولهذا لو رأى مالك مال إنساناً يتلفه ، فلم يمنعه ؛ لم يسقط عنه الضمان ، وتحصل المقاصة إن حل النجم ، وهو بذمته بشرطه (ومتى تكرر) وطؤه لواحدة منهن (وكان قد أدى) المهر (لما قبله) من الوطء (لزمه) مهر (آخر) لوطئه بعد أداء مهر الوطء الأول ؛ لأنه لما أدى المهر الاول ، فكأنه لم يتقدم الوطء الثاني وطأ (وإلا) يكن أدى مهراً لما قبله من الوطء (فلا) يلزمه إلا مهر واحد ؛ لاتحاد الشبهة ، وهو كون الموطوءة مملوكته أو مملوكة مملوكته (وعليه) ؛ أي : سيد المكاتبة (قيمة أمتها إن أولدها) لأنه أتلفها بمنعه من التصرف فيها و (لا) يلزمه قيمة (نحو بنتها) ؛أي: المكاتبة كأمها المملوكة لها إن أولدها (لأنه لا يصلح لها) ؛ أي : المكاتبة (بيعها) قبل استيلادها ، فلم يفت عليها شيء باستيلادها ، بخلاف أمتها (ولا) يلزم السيد أيضاً (قيمة ولده من أمة مكاتبة أو) أمة (مكاتبه) إن استولدها ؛ لأن ولد السيد جزء منه ، فلا يلزمه دفع قيمته لرقيقه ، ولأنه انعقد حراً (وتصير) مكاتبته أو بنتها أو أمتها أو أمة مكاتبه (إن ولدت) من سيدها سواء شرط وطء مكاتبته أو لا (أم ولد) لأنها أمته ما بقي عليها درهم (ثم إن أدت) مكاتبته التي أولدها (عتقت)

وكسبها لها ، ولا تنفسخ كتابتها باستيلادها (وإن مات) سيدها (وعليها شيء) من كتابتها (سقط ، وعتقت) لكونها أم ولد (وما بيدها لورثته) ؛ أي : السيد ، كما لو أعتقها قبل موته (ولو لم تعجز) لأنها عتقت بغير أداء (وكذا لو أعتق سيد مكاتبه) فله كل ما بيده (وعتقه) ؛ أي : السيد لمكاتبه فسخ للكتابة لفوات محلها بصيرورته حراً ، ولو كان عتقه (في غير كفارة) ويصح عتقه في الكفارة إن لم يكن أدى شيئاً من كتابته ، ويأتي .

(ومن كاتبها شريكان) فيها (ثم) وطئها أحدهما ، أدب فوق أدب واطىء المكاتبة الخالصة له ؛ لأنها تحرم عليه من حيث كونها مكاتبة ومن حيث كونها مشتركة ، بخلاف المكاتبة الخالصة ، وعليه لها مهر مثلها ؛ لأن منفعة البضع لها ، فإذا تلفت بالوطء ؛ لزم متلفها بدلها ، وهو المهر وإن (وطآها) ؛ أي : الشريكان (فلها على كل واحد) منهما (المهر) فإن كانت بكراً فعلى الواطىء الأول مهر بكر ، وعلى الواطىء الآخر مهر ثيب اعتباراً بالحال التي وطىء كل واحد عليها (وإن ولدت من أحدهما) فولده حر يلحقه نسبه؛لشبهة الملك و (صارت) المكاتبة (أم ولده) لأنها علقت بحر في شيء يملك بعضه ، وذلك موجب للسراية ؛ لأن الاستيلاد أقوى من العتق ، بدليل صحته من المجنون (ولو لم تعجز)فتبقى على كتابتها في نصيبه،وينتقل اليه نصيب شريكه على كتابته كما لو اشترى نصفها من شريكه (ويغرم) من صارت أم ولد له (لشريكه قيمة حصته) منها مكاتبة؛لسريان الاستيلاد عليه كذلك ، فإن كان المستولد موسراً بنصف قيمتها أداه ، وإن كان معسراً فيبقى في ذمته إلى أن يوسر كسائر الديون (و) يغرم المستولد لشريكه (نظيرها) ؛ أي : حصته (من ولدها) لأنه كان في سبيل هذا النصف أن يكون مملوكاً لشريكه فقد أتلف رقه عليه . قال القاضي : هذه الرواية أصح في المذهب ، وصححها في « التصحيح » و « النظم » وجزم به في « الوجيز » و « المنتهى » وقياس ما تقدم

وما يأتي في الباب بعده لا يلزمه شيء في الولد ؛ لأنها وجعته في ملكه والولد حر ، قدمه جماعة ،واستظهره صاحب «المبدع» ،وقدعلمت أن المعتمد الأول» ويغرم المستولد لمكاتبة المهر كاملًا ؛ لأن منفعةالبضع لها ، فيضمنها لها كالأجنبي (وإن ألحق) ولدمكاتبة وطئها سيدها (بهما صارت أم ولدهما) لأنه لا يكون سرايته على واحد منهما) لاستوائها في المعنى وكتابتها بحالها ، فإن أدت إليهما عتقت في حياتها وما بيدها لها ، وإلا فإنه (يعتق نصفها بموت أحدهما) لأن نصفها أم ولد له (و) يعتق (باقيها بموت الآخر) لأنه الذي يملكه كل واحد منهما .

(ويتجه) أن أعتق نصفها بموت أحدهما، وباقيها بموت الآخر معتبر(حيث لا سراية)على الميت الأول في نصيب شريكه ككون الميت الأول معسراً؛ فإنه لا يسري احباله ؛ لأنه بمنزلة الإعتاق بالقول ، أما اذا كان موسراً ثلثه بقيمة الباقي ، فإنه يعتق نصيبه بموته ، ويسري العتق إلى الباقي كما تقدم في المدبر على الأصح ؛ لحصول الولد منه في الجملة ، وهو موسر فأوجب السراية في جميعها ، ويفارق الإعتاق بالقول ؛ لأنه أضعف على ما مر ، وهو متجه (١).

(وليس لسيد إجبار مكاتبته) ولا بنتها ولا أمتها (على تزويج) لأنه زال ملكه بعقد الكتابة عن نفعها ونفع بضعها وعن عوضه ، وليس لواحدة منهن تزويج بغير إذنه ؛ لأن عليه ضرراً في ذلك ، فإنها يثبت حقاً للزوج فيها، فربما عجزت ، وعادت اليه على وجه لا يملك وطئها ، فإن تراضيا بذلك جاز ؛ لأن الحق لا يخرج عنهما ، وهو وليها وولي بنتها وجاريتها جميعاً ؛ لأن الملك له، فأشبه الجارية القن .

(فصل : ويصح نقل الملك في المكاتب) ببيع وهبة ووصية ذكراً كان أو أنثى ؛ لما روت عائشة : « أن بريرة جاءت تستعينها في كتابتها ، ولم تكن

---

(١) أقول : ذكره الجراعي ، وصرح به في شرح « الاقناع » . انتهى .

قضت من كتابتها شيئاً ، فقالت لها عائشة : ارجعي إلى أهلك ، فإن أحبوا أن أقضي عنك كتابتك ، ويكون ولاؤك لي فعلت ذلك ، فذكرت ذلك بريرة لأهلها ، فأبوا ، وقالوا إن شاءت أن تحتسب عليك ، فلتفعل ، ويكون لنا ولاؤك ، فذكرت ذلك لرسول الله صلى الله عليه وسلم ، فقال لها رسول الله صلى الله عليه وسلم : ابتاعي واعتقي ؛ فإنما الولاء لمن أعتق ». متفق عليه. قال ابن المنذر : بيعت بريرة بعلم النبي صلى الله عليه وسلم ، وهي مكاتبة ، ولم ينكر ذلك ، ولا وجه لمن أنكره ، ولا أعلم خبراً يعارضه ، ولا أعلم في شيء من الأخبار ما دل على عجزها ، وتأوله الشافعي على أنها كانت قد عجزت ، وليس في الخبر ما يدل عليه ، بل قولها أعينيني دل على بقائها على الكتابة مع صحة نقل الملك فيها (حتى بوقف) على المذهب ، خلافاً لصاحب « المبدع » (فإذا أدى) المكاتب ما عليه (بطل) الوقف ، وولده التابع له في كتابته كهو ، فيصح بيعه وهبته ووقفه ، والوصية به مع المكاتب ، لا منفرداً ؛ لأنه عبده كأصله ، ولذا صح عتقه له ، بخلاف ذوي رحم المكاتب المحرم ؛ لأنهم ليسوا عبيداً لسيده (ولمشتر) مكاتباً (جهل الكتابة رد أو أرش) لأن الكتابة نقص ؛ لأنه لا يقدر على التصرف في منافعه وكسبه ، وقد انعقد سبب الحرية فيه ؛ أشبه الأمة المزوجة (وهو) : أي : المشتري إن أمسك والمتهب والموصى له (كبائع في عتق) مكاتب (بأدائه) ما عليه من مال الكتابة لمن انتقل اليه ؛ لأن الكتابة عقد لازم ، فلا تنفسخ بنقل الملك في المكاتب ، بل متى أدى ما عليه عتق (وله)؛ أي : من انتقل اليه المكاتب (الولاء) عليه ؛ لعتقه عليه في ملكه إلا الموقوف إذا أدى مال كتابته لمن هو موقوف عليه ، فيبطل وقفه وولاؤه لسيده الذي كاتبه (و) مشتر كبائع في (عوده) ؛ أي : المكاتب ؛ أي : اعادته من إطلاق العود وإرادة الإعادة ؛ إذ العود صفة المكاتب التي هي أثر الإعادة التي هي صفة السيد (قناً بعجزه) عن أداء الكتابة لمن انتقل اليه ؛ لقيامه مقام البائع .

(وإن أدى) مكاتب ما عليه (لوارث) بعد موت سيده (فالولاء للسيد) الذي كاتبه ؛ لأنه هو الذي أفاده السبب، هذا المذهب ، قاله ابن رجب.

(ولو اشترى كل) واحد (من مكاتبي شخص) المكاتب الآخر ؛ صح شراء الأول ؛ لأن التصرف صدر من أهله في محله ؛ لأن العبد لا يملك سيده لافضائه إلى تناقض الأحكام ؛ لأن كل واحد يقول لصاحبه : أنا مولاك ، ولي ولاؤك ، وإن عجزت صرت لي رقيقاً (أو) اشترى كل من مكاتبي شخصين (اثنين الآخر ؛ صح شراء الأول وحده) لأن للمكاتب شراء العبيد ، فصح شراؤه للمكاتب كشرائه للقن ، وبطل شراء الثاني ؛ لأن العلة كون العبد لا يملك سيده ، وهي موجودة هنا ، فإن أدى المبيع منهما ؛ عتق ، وولاؤه للسيد ؛ لأن المكاتب عبد لا يثبت له الولاء ، فيثبت لسيده ، هذا مقتضى قول أبي بكر (فإن جهل أسبقهما) ؛ أي : البيعين (بطلا) ويرد كل واحد منهما الى كتابته ، كما لو تزوج أختين ، وجهل السابقة ، ولا يحتاج الى فسخ ولا قرعة ؛ لأنه لم يثبت يقين البيع في واحد بعينه ، فلم يفتقر إلى فسخ .

(وإن أسر) المكاتب ؛ أي : أسره الكفار (فاشتري) منهم ، أو وقع في قسم أحد الغانمين (فأحب سيده ؛ أخذه) ممن اشتراه من الكفار (بما اشتري به) فله ذلك ، وكتابته بحالها ، وكذا لو لم يعلم به سيده إلا بعد القسمة واحب أخذه ، فيأخذه بثمنه كما تقدم في المدبر (والا) يحب السيد أخذه بذلك منه ؛ بقي بيد مشتريه أو بيد من وقع في قسمه (فـ)إذا (أدى) المكاتب (لمشتريه) أو لمن وقع في قسمته (ما بقي) عليه من كتابته ؛ عتق للزوم الكتابة ، فلا تنفسخ بالأسر كالبيع وأولى ، وولاؤه (له) ؛ أي : لمشتريه ، لعتقه في ملكه (ولا يحتسب عليه) ؛ أي : المكاتب (بمدة أسر) التي هو فيها عند الكفار (فلا يعجز) المكاتب (حتى يمضي) عليه (بعد الأجل مثلها) ؛ أي : مدة الأسر ، فتلغى مدة الأسر ، ويبقى على ما مضى ؛ لأنه لم

يتمكن من التصرف والكسب ، وأما المرض ، فاستظهر شيخ مشايخنا التغلبي أن مدته تحتسب عليه كالمولى ؛ لأنها نادرة (وعلى مكاتب بجنى على سيده) فداء نفسه ؛ لأنه مع سيده كالحر في المعاملات ، فكذا في الجنايات (أو) ؛ أي : أو على مكاتب جنى على أجنبي (فداء نفسه) مما في يده ؛ لأنه الجاني ، وقدملك نفعه وكسبه ، أشبه الحر ، ثم إن كان أرش الجناية أكثر من قيمته ؛ فإنه يفدي نفسه (بقيمته فقط) لتعلق حق المجني عليه برقبة المكاتب ؛ لأنه عبد ، والقيمة بدل عن رقبته (مقدماً) فداء نفسه (على) دين (كتابة) ولو حل نجم ؛ لأن أرش الجناية يتعلق برقبة المكاتب ، ودين الكتابة يتعلق بذمته ، ولأنه إذا قدم حق المجني عليه على السيد في العبد القن ، وعلى حق المرتهن وغيرهما ؛ فلأن يقدم عليه في المكاتب بطريق الأولى ، إلا أن يشأ ولي الجناية من سيد وغيره التأخير إلى بعد وفاء مال الكتابة ؛ فله ذلك ؛ لأن الحق له ، وقدرضي بتأخيره ، فإن كان في جناية المكاتب ما يوجب القصاص ؛ فلمستحقه استيفاؤه ؛ لعدم المانع ، وتبطل حقوق المجني عليهم الأخيرين المتعلقة برقبته ؛ لفوات المحل إن كان القصاص في النفس ، بخلاف ما اذا كان في الطرف ، وإن عفا من وجب له القصاص على مال ؛ جاز وصار حكمه حكم الجناية الموجبة للمال ، فيتعلق برقبته ، ويستوي وليها مع المجني عليه خطأ (فإذا أداها) ؛ أي : أدى مكاتب جان كتابته (مبادراً) قبل أرش الجناية (وليس محجوراً عليه) ؛ أي : ولم يكن سأل ولي الجناية الحاكم الحجر عليه في ماله ، وأجابه ؛ صح و (عتق) لصحة أدائه ؛ لأنه قضى حقاً واجباً عليه ، فصح قضاؤه ، كما لو قضى المفلس بعض غرمائه قبل الحجر عليه (واستقر الفداء) ؛ أي : أرش الجناية عليه في ذمته ؛ لأنه كان واجباً عليه قبل العتق ، فكذلك بعده ، وان كان سأل ولي الجناية الحاكم الحجر عليه ، وأجابه قبل أداء كتابته ؛ لم يصح دفعه الى سيده ،

فلا يعتق ، وإن رقبه حاكم ، فدفعه لحق ولي الجناية ، لتقدمه في الكتابة ؛ لأن أرش الجناية مستقر ، ودين الكتابة غير مستقر .

(وإن قتله) ، أي : المكاتب الجاني (سيده لزمه) ما كان على المكاتب بالجناية (الأقل) ؛ أي : أقل الأمرين من أرشها أو قيمته ؛ لأنه فوت على ولي الجناية محل تعليقها ، وهو رقبة الجاني (و كذا إن أعتقه) سيده ، فيلزمه ذلك ؛ لإتلافه ماليته بعتقه .

(وتسقط) جناية المكاتب ؛ أي : يسقط أرشها (فيها) ؛ أي : بقتل سيده أو عتقه إياه (إن كانت) جنايته (على سيده) لأنه فوّت ماليته على نفسه ؛ ولا يجب على أحد دين لنفسه (وإن عجز) المكاتب الجاني عن فداء نفسه (عن أرش جناية) جناها (على سيده فله) ؛ أي : سيده (تعجيزه) بعوده إلى الرق ؛ لأن أرش الجناية حق ثبت للسيد عليه ، فإذا عجز عنه رجع الى بدله ، وهو رقبته (وإن كانت) جناية المكاتب (على غيره) ؛ أي : غير سيده وعجز عن فداء نفسه (فـ)إن (فداه سيد ؛ لم يبع) بل يبقى على كتابته (وإلا) يفده (بيع فيها) ؛ أي : الجناية (قناً لا مكاتباً) لبطلان كتابته بتعلق حق المجني عليه برقبته (ويجب فداء جنايته مطلقاً) ؛ أي : سواء كانت على سيده أو أجنبي (بالأقل من قيمته) ؛ أي : المكاتب (أو أرشها) ؛ أي : الجناية لأن الزيادة إن كان الأرش أكثر من قيمته لا موضع لها ، وإن كان أقل لم يكن للمجني عليه أكثر من أرشها (وإن استدان) المكاتب (تعلق) ما استدانه (بذمته فقط) دون رقبته ؛ لأن حكمه كالأحرار ، والحر اذا استدان ديوناً تعلقت بذمته ، فكذلك المكاتب ، وفائدة تعلقها بذمته أنه يتبع بها بعد العتق ؛ لأنه حال يساره ، وخرج بالاستدانة أرش الجناية ، وتقدم حكمه ، ويكون ما استدانه (مقدماً مع حجر) عليه بسؤال غرمائه الحاكم ذلك (على دين كتابة) لعدم تعلق ذلك برقبته (فـ)لهذا إن عجز عن الوفاء (فليس لغريمه

تعجيزه) عن دين الكتابة ليعود إلى الرق (بخلاف أرش) جناية لتعلقه برقبته (و) بخلاف (دين كتابة) لأنه بدل رقبته (ف)للسيد أن (يعجز) المكاتب، وإذا أعجزه فعاد قناً ؛ خير سيده بين فدائه بالأقل من أرش الجناية أو قيمته ، وبين تسليمه لولي الجناية وبين بيعه فيها ، كما لو لم يكن مكاتباً ، بخلاف ما إذا كانت الجناية على السيد أو على ماله ، أو ورث أرشها عن المجني عليه ، وعجزه السيد ؛ فإنه يسقط عنه مال الكتابة وأرش الجنايـة ؛ لأنه لا يجب له على قنه مال ؛ لأنه لو وجب لكان عليه .

(و) إن مات مـكاتب جان ومدين ؛ فإنه (يشترك رب دين) معاملة (و)رب (أرش) جناية (بعدموته) ؛ أي : المكاتب (في تركته بالحصص)؛ أي : فيتحاصان بقدر ما لكل منها ؛ لفوات الرقبة (ولـ)كاتب (غير محجور عليه تقديم ؛ أي : دين شاء) من دين كتابة ومعاملة ، وأرش جناية كالحر .

(تتمة) : لا يجبر المكاتب على الكسب لوفاء دين الكتابة ؛ لأن عليه في السعي كلفة ومشقة ، ودين الكتابة غير مستقر ، بخلاف سائر الديون ؛ فإنه يجبر على الكسب لوفائها ؛ لأنها واجبة .

(فصل : والكتابة) الصحيحة (عقد لازم) من الطرفين ؛ لأنهـا بيـع وهو من العقود اللازمة (لا يدخلها خيار) لأن القصد منهـا تحصيل العتق ، فكأن السيد علق عتق المكاتب على أداء مال الكتابة ، ولأن الخيار شرع لدفع الغبن عن المـــال ، والسيد دخل على بصيرة أن الحظ لعبده ؛ فلا معنى لثبوت الخيار .

(ولا يملك أحدهما فسخها) ؛ أي : الكتابة كسائر العقود اللازمة .

(ولا يصح تعليقها) ؛ أي : الكتابـة (على شرط مستقبل) كإذا جاء رأس الشهر فقد كاتبتك (كبقية العقود اللازمة) وخرج بمستقبل الماضي والحاضر كإن كنت عبدي ونحوه فقد كاتبتك على كذا ؛ فيصح .

(ولا تنفسخ) الكتابة (بموت سيد و) لا (جنونه و) لا (بحجر عليه) لسفه أو فلس كبقية العقود اللازمة .

(ويعتق) المكاتب (بأداء) إلى سيده مع أهليته للقبض أو بأداء (إلى من يقوم مقامه) ؛ أي : السيد من وليه ووكيله أو الحاكم مع غيبة سيده (أو) بأداء إلى (وارثه) ؛ أي : السيد ان مات ، والولاء للسيد لا الوارث ، كما لو وصى بما عليه لشخص ، فأدى اليه (وإن حل) على مكاتب (نجم) من كتابته (فلم يؤده ؛ فلسيده الفسخ) كما لو أعسر المشتري بثمن المبيع قبل قبضه (بلا حكم) حاكم كرد المعيب (ولو) كان المكاتب (غائباً بلا إذن سيده) فيملك الفسخ ؛ دفعاً لما يلحقه من الضرر بانتظاره (و) إن غاب المكاتب (بإذنه) ؛ أي : إذن سيده (فلا) يملك الفسخ ؛ لأن السيد هو الذي أدخل الضرر على نفسه بإذنه له ، والكتابة بحالها (حتى يراسله الحاكم) بأن يكتب كتاباً إلى حاكم البلد الذي فيه المكاتب يأمره بالأداء ، أو يثبت عجزه عنده ؛ فيفسخ السيد أو وكيله حينئذ ؛ دفعاً لما يلحقه من ضرر التأخير ، وإن كان المكاتب قادراً على الأداء أمره الحاكم المكتوب اليه بالخروج الى البلد الذي فيه السيد ليؤدي ما حل عليه ، أو يوكل من يؤدي عنه ما وجب عليه أداؤه (و) عليه أن يمهله حتى (يمضي زمن يمكنه) المسير عادة ، فإن خرج أو وكل في أول حال الإمكان عند خروج القافلة ان كان لا يمكنه الخروج بلاضرر يلحقه عادة الا معها ؛ لم يجز للسيد الفسخ ؛ لأنه لا تقصير من المكاتب ، وإن أخر الخروج أو التوكيل مع الإمكان ؛ فللسيد الفسخ ؛ إزالة لما يلحقه من ضرر التأخير ، وإن كان قد جعل السيد للوكيل الفسخ عند امتناع المكاتب من الدفع اليه ؛ جاز ، وله الفسخ اذا ثبتت وكالته ببينة بحيث يأمن المكاتب إنكار السيد ، فإن لم يثبت ذلك ؛ لم يلزم المكاتب الدفع اليه ولو صدقه أنه وكيل لأنه لا يأمن إنكار سيده الوكالة ، وكان ذلك له عذراً يمنع جواز الفسخ ، وان حل نجم ومال المكاتب

بالحجر عنده طولب به ، ولم يجز الفسخ قبل الطلب ، فإن طلب السيد منه ما حل عليه ، فذكر أن ماله غائب عن المجلس في ناحية من نواحي البلد ؛ لم يجز الفسخ ، وأمهل المكاتب لذلك بقدر ما يتمكن فيه من الوفـــاء ؛ لقصر مدته .

(ويلزم) السيد (إنظاره) ؛ أي : المكاتب (ثلاثا) ؛ أي : ثلاث ليال بأيامها (لبيع عرض) يوفيه من ثمنه (ولمال غائب دون مسافة قصر يرجو قدومه ، ولدين حال على مليء و) قبض مال (مودع) لأن عقد الكتابة ملحوظ فيه حظ المكاتب والرفق به مع عدم الإضرار بالسيد .

(وللمكاتب قادر على كسب تعجيز نفسه) بترك التكسب ؛ لأن دين الكتابة غير مستقر عليه ، ومعظم القصد من الكتابة تخليصه من الرق ، فإذا لم يرد ذلك لم يجبر عليه (لمن لم يملك وفاء) .

و (لا) يملك مكاتب (فسخها) ؛أي: الكتابة بحال . قال في « المبدع » : بغير خلاف نعلمه . قال في « المغني » : لأنها سبب الحرية ، وفيها حق معلق ، وفي فسخها إبطال لذلك الحق (فإن ملكه) ؛ أي : الوفاء مكاتب لم يملك تعجيز نفسه ؛ لتمكنه من الأداء و (أجبر على أدائه) لسيد (ثم عتق) بأدائه ، ولا يعتق بنفس الملك ؛ للخبر ، ولجواز أن يتلف قبل أدائه ، فيفوت على السيد (فإن مات) مكاتب (قبله) ؛ أي : الوفاء (انفسخت) ولو ملك وفاء ؛ لأنه مات رقيقاً ؛ فماله جميعاً لسيده .

ويصح فسخها ؛ أي : الكتابة (باتفاقهما) ؛ أي : السيد والمكاتب بأن يتقايلا أحكامها قياساً على البيع ، جزم به في « الكافي » وغيره .

(ولو زوج السيد امرأة ترثه) ؛ أي : ترث السيد ان مات كبنته ونحوها (من مكاتبه ؛ ثم مات) السيد (انفسخ النكاح) على المذهب ، جزم به في « الشرح » وغيره . قال ابن منجا: هذا المذهب ؛ لأن زوجته تملكه أو تملك

شيها منه، فانفسخ نكاحها؛ كما لو اشترته، كما لو ورث زوج حر زوجته المكاتبة، أو ورث زوجة له غيرها، فمتى ملك أحد الزوجين الآخر أو بعضه؛ انفسخ النكاح؛ لأن ملك اليمين أقوى من النكاح، فإذا طرأ عليه أبطله.

(ويلزمه أن يؤدي) السيد (إلى من أدى كتابته) كلها (ولو) كان المكاتب (ذمياً ربعها) أما وجوب الإيتاء بلا تقدير؛ فلقوله تعالى: «وآتوهم من مال الله الذي آتاكم» (١) وظاهر الأمر الوجوب، وأما كونه ربع مال الكتابة؛ فلما روى أبو بكر بإسناده عن علي عن النبي صلى الله عليه وسلم: «في قوله تعالى: «وآتوهم من مال الله الذي آتاكم» (١) قال: ربع الكتابة». وروي موقوفاً عنه.

(ولا يلزمه)؛ أي: المكاتب (قبول بدله)؛ أي: بدل ربع الكتابة، أن دفعه سيده له (من غير الجنس) الذي وقعت عليه الكتابة؛ بأن كاتبه على دراهم، فأداها اليه، وأعطاه دنانير أو بالعكس، أو أعطاه عنها عروضاً؛ لأنه لم يؤته من مال كتابته ولا من جنسه، فإن كان من جنسه لزمه؛ لأنه لا فرق في المعنى بين الإيتاء من عينه أو من غيره من جنسه، فتساويا في الإجزاء كالزكاة، وغير المنصوص عليه اذا كان في معناه ألحق به، لكن الأولى من عينه؛ لظاهر النص.

(فلو وضع السيد) عن مكاتبه من مال الكتابة من أول نجمها أو أوسطه أو آخره، وكان الوضع (بقدره)؛ أي: الربع؛ جاز لتفسير الصحابة الآية بذلك (وهو)؛ أي: الوضع عنه (أفضل) من الدفع اليه بعد؛ لأنه أبلغ في النفع، وأعون على حصول العتق (أو عجله)؛ أي: إيتاء الربع للمكاتب سيده (جاز) لأنه أنفع له وكالزكاة، ووقت وجوب أداء السيد ربع

---

(١) سورة النور، الآية: ٣٣

مال الكتابة للمكاتب عند العتق ؛ لأن الله تعالى أمر بإيتائه من المال الذي آتاه ، واذا أدى مال الكتابة ؛ عتق فيجب إيتاؤه حينئذ . قال علي : الكتابة على نجمين والإيتاء من الثاني .

(تنبيه) : فإن مات السيد ، وقد استوفى مال الكتابة قبل إيتائه مكاتبه ربعه ؛ فهو دين في تركته يحاصص به غرمائه ؛ لأنه حق واجب لآدمي ، فلم يسقط بالموت كسائر ديونه .

(ولسيد) مكاتب (الفسخ) للكتابة (بعجز) مكاتب (عن ربعها) ؛ أي : الكتابة ؛ لحديث : « المكاتب عبد ما بقي عليه درهم » . وروى سعيد بإسناده عن أبي قلابة قال : « كن أزواج رسول الله صلى الله عليه وسلم لا يحتجبن من مكاتب ما بقي عليه دينار » .

(وللمكاتب أن يصالح سيده عما في ذمته) من كتابته (بغير جنسه) لأن الحق لا يعدوهما (بشرط حلول وتقابض) في المجلس لا مؤجلا ؛ لأنه بيع دين بدين ، ولا أن يتفرقا قبل قبض ان جرى بين الجنس ربا نسيئة (ومن أبرىء) من المكاتبين (من كتابته) كلها (عتق) لمفهوم حديث : « المكاتب عبد ما بقي عليه درهم » . لأنه مع البراءة لم يبق عليه شيء ، ولأن البراءة في معنى الأداء بجامع سقوط الحق في الموضعين (وإن أبرىء) مكاتب (من بعضها) كأن كاتبه على ألف وأبرأه من أربعمائة (فهو على كتابته فيما بقي) من الألف ، فإذا أداها ؛ عتق .

(تتمة) : وتصح الوصية بمال الكتابة فإن أبرأه الموصى له ، وهو جائز التصرف من مال الكتابة الموصى له به ؛ عتق ؛ لأنه لم يبق عليه شيء من مالها وبراءته صحيحة ؛ لأن الحق له دون الورثة ، فإن أعتقه الموصى له بدين الكتابة ؛ لم يعتق ؛ لأنه ليس مالكاً لرقبته ، ولا مأذونا له في عتقه ، وحقه فيما عليه لا في رقبته ، وإن عجز عن أداء مال الكتابة الموصى له به ، ورد في الرق

صار عبداً للورثة دون الموصى له بما عليه ، والأمر في تعجيزه للورثة ، قاله في « الشرح » ، وما قبضه الموصى له ؛ فهو له ، وتبطل الوصيـــة فيما لم يقبضه ، لفوات محله .

(فصل : وتصح كتابة عدد)من رقيقه (بعوض) واحد كأن يكاتب عبدين على مائتين إلى سنتين كل سنة مائة ، كما لو باعهم كذلك لواحد (ويقسط) العوض بينهم (على القيم) ؛ أي :قيمة كل منهم(يوم العقد) لأنه زمن المعاوضة ، لا على عدد رؤوسهم ، كما لو اشترى شقصاً وسيفاً ، واشترى عبيداً ورد واحداً منهم بعيب (ويكون كل) منهم (مكاتباً بقدر حصته) من العوض ؛فمن أدى منهم من كتابته ؛ فإنه (يعتق) وحده (بأدائها ، ويعجز بعجز عنها) ؛ أي : قدر حصته (وحده) لأن الحصة بمنزلة الثمن المنقود ، ومن جنى منهم ؛فجنايته عليه (وإن تضامنوا) ؛ أي العبيد الذين كاتبهم صفقة واحدة بعوض واحد (لم يصح) الضمان .

(ولو شرط) ؛ أي : شرط السيد عليهم الضمان (في عقد)الكتابة (فسد) ال(شرط) لأن مال الكتابة ليس لازماً ، ولا يؤول إلى اللزوم ؛ فلا يصح ضمانه و (لا) يفسد ال(عقد) بفساد الشرط ؛ لقصة بريرة .

(وإن أدوا) ما كوتبوا عليه جميعه (واختلفوا) بعد ادائه (في قدر ما أدى كل واحد) منهم بأن قال أكثرهم قيمة: أدينا على قدر قيمنا، وقال الأقل قيمة : أدينا على السواء ، فبقيت لنا على الأكثر قيمة بقية (فـ)القول (قول مدع أداء الواجب) ؛ أي : قدر الواجب عليه ؛ لأن الظاهر من حاله أداء ما وجب عليـــه ، فوجب قبول قوله فيه ؛ لاعتضاده بالظاهر ، ولأن الأصل براءته مما يدعى به عليه ، و (لا) يقبل قوله في أداء (ما زاد) على الواجب عليه ؛ لأنه خلاف الظاهر .

(ويصح أن يكاتب) السيد (بعض عبده كنصفه) كالبيع ، ويجب أن

يؤدي الى سيده من كسبه بحسب ما له فيه من الرق ، ويؤدى في الكتابة بحسب ما كوتب منه ، إلا أن يرضى سيده بتأدية الجميع في الكتابة (فإذا أدى مثلي كتابته ؛ عتق) منه قدر ما كوتب بالكتابة وباقيه بالسراية ، فيصير (كله) حراً ؛ لأن العتق اذا سرى الى ملك غير السيد ، فلأن يسري الى ملكه أولى، واذا كاتب رقيقه على ألفين في رأس كل شهر ألف ، وشرط السيد أن يعتق المكاتب عند أداء الألف الأول ؛ صح العقد، وكان على ما شرط ، ويعتق عند أدائه الألف الأول ؛ لأن السيد لو أعتقه بغير أداء شيء ؛ صح ، فكذلك اذا جعل عتقه عند أداء بعض الكتابة ، ويبقى الألف الآخر ديناً عليه بعد عتقه ، كما لو باعه نفسه به .

(و) يصح أن يكاتب (شقصاً من) رقيق (مشترك بغير اذن شريكه) موسراً كان الشريك أو معسراً ؛ لأنها عقد معاوضة على نصيبه ، فصح كبيعه، ولأنه مالك يصح بيعه وهبته ؛ فصحت كتابته كالكامل ، وكما لو كان باقيه حراً ، ولا يمنع الكسب وأخذ الصدقة بجزئه المكاتب ، ولا يستحق الشريك شيئاً مما أخذه من الصدقة بذلك الجزء كما لو ورث المبعض شيئاً بجزئه الحر ، فإن هايأ مالك البقية؛فكسب في نوبته شيئاً اختص به المكاتب ، وان لم يهايئه؛ فما كسبه بجملته فله من كسبه بقدر الجزء المكاتب منه ، ولسيده الذي لم يكاتبه الباقي ؛ لأنه كسبه بجزئه المملوك .

(ويملك مكاتب) بعضه (من كسبه بقدره) ؛ أي : الجزء المكاتب ؛ لأنه مقتضى المكاتبة (فإذا أدى) المكاتب بعض (ما كوتب عليه) لمن كاتبه (ودفع لـ) لشريك (الآخر) الذي لم يكاتبه (ما يقابل حصته عتق كله إن كان من كاتبه) ؛ أي: كاتب نصيبه منه (موسراً) بقيمة حصة شريكه الجزء المكاتب بالأداء والآخر بالسراية،وليس له أن يؤدي إلى من كاتبه شيئاً حتى يؤدي الى الشريك الذي لم يكاتبه ما يقابل حصته منه سواء أذن الشريك في كتابته أو

لم يأذن ، فلو أدى الكتابة من جميع كسبه ؛ لم يعتق ؛ لأنه دفع ما ليس له (وعليه)؛أي: الشريك الذي كاتب نصيبه منه ، وأدى اليه (قيمة حصة شريكه) رقيقاً لا مكاتباً ، إذ حصة الشريك التي فوتها كانت في الرق ؛ لأن عتقها عليه بسبب من جهته ؛ أشبه ما لو باشره بالعتق، أو علق عتق نصيبه بشرط،فوجد، فإن كان الذي كاتبه معسراً لم يعتق سوى نصيبه ، وان كان موسراً ببعض نصيب شريكه ؛ عتق بقدر ما هو موسر به (وان أعتقه الشريك) الذي لم يكاتب ؛أي: أعتق نصيبه منه (قبل أدائه) كتابته (عتق عليه كله) بالسراية (بشرطه) وهو كونه موسراً بقيمة نصيب شريكه ، كما لو لم يكن بعضه مكاتباً (وغرم) الشريك المعتق (قيمة ما لشريكه) الذي كاتب من المشترك (مكاتباً) لأنه أتلفه عليه كذلك ، فإن كان معسراً ، لم يعتق سوى نصيبه ، ويبقى نصيب شريكه على كتابته ، فإذا أداها ؛ كملت حريته عليهما ، وولاؤه بينهما بقدر ما عتق على كل واحد منه (ولهما) ؛ أي : الشريكين في قن (كتابة عبدهما) أو أمتهما،سواء تساوى ملكهما فيه بأن كان بينهما نصفين (على تساو) في مال الكتابة كأن يكاتباه على ألفين لكل الف (و) على (تفاضل) كأن يكاتباه على ثلاثة آلاف ، لواحد ألفان ، والآخر ألف ، سواء كاتباه في عقد أو عقدين ؛ لأن كل واحد منهما يعقد على نصيبه عقد معاوضة ، فجاز أن يختلفا في العوض كالبيع ، ولأنه انما يؤدي اليهما على التساوي ، وظاهره ولو اختلفا في التنجيم ، أو جعل لأحدهما في النجوم قبل النجم الأخير أكثر من الآخر ؛ لأنه يمكن أن يعجل لمن تأخر نجمه قبل محله ، ويعطى من قل نجمه أكثر من الواجب له ، ويمكن أن يأذن له أحدهما في الدفع الى الآخر قبله أو أكثر منه ، ويمكن أن ينظره من حل نجمه ، أو يرضى من له الكثير بأخذ دون حقه ، واذا أمكن إفضاء العقد الى مقصوده ؛ فلا يبطله باحتمال عدم الإفضاء اليه ، واذا عجز قسم ما كسبه بينهما على قدر الملكين ، فلم يكن أحدهما ينتفع إلا بما يقابل ملكه ،

وعاد الأمر بعد زوال الكتابة الى حكم الرق ، كما لو لم يزل .

(ولا) يجوز للمكاتب أن (يؤدي اليهما) ؛أي الى سيديه (إلا على قدر ملكيهما) منه ، فلا يزيد أحدهما ، ، ولا يقدم أحدهما على الآخر ؛ لأنهما سواء فيه ، فيتساويان في كسبه ، وحقهما متعلق بما في يده تعلقاً واحداً ، فلم يكن له أن يخص أحدهما منه بشيء دون الآخر ، فإن قبض أحدهما دون الآخر بغير إذنه شيئاً ؛ لم يصح القبض ، والمفضول أن يأخذ منه حصته ؛ لما تقدم ، وإن عجز مكاتبهما ؛ فلهما الفسخ والإمضاء ، فإن فسخا جميعاً ، أو أمضيا الكتابة ؛ جاز ما اتفقا عليه ، وإن فسخ أحدهما ، وأمضى الآخر ؛ جاز ، وعاد نصفه رقيقاً ونصفه مكاتباً (فإن كاتباه منفردين) في صفقتين (فوفى) المكاتب (أحدهما) ؛ أي: الشريكين ما كاتبه عليه ظاهره ، ولو بلا إذن الآخر ، بخلاف ما اذا كاتباه كتابة واحدة (أو أبرأه) أحدهما من حصته (عتق نصيبه خاصة إن كان) المستوفي لنصيبه أو المبرىء (معسراً) بقيمة نصيب شريكه ؛ لعدم السراية اذن (وإلا) بأن كان موسراً بقيمة حصة شريكه ؛ عتق عليه (كله) بالسراية ، وعليه قيمة نصيب شريكه مكاتباً ، وولاؤه كله له (وإن كاتباه كتابة واحدة) في صفقة واحدة (فوفى أحدهما) ؛ أي : أحد الشريكين ماله عليه (بغير إذن الآخر ؛ لم يعتق منه شيء ، ولم يصح القبض) لتعلق حق كل من الشريكين بما في يد المكاتب تعلقاً واحداً (وله) ؛أي : الشريك الذي لم يدفع له المكاتب شيئاً أو دفع له دون حصته (أخذ حصته) أو ما زاد في يد شريكه (منه) ؛ أي : من شريكه لفساد القبض (وان كان) أداؤه لأحدهما (بإذنه) أي: الآخر (عتق نصيبه) لصحة القبض ؛ لأن المنع لحق الشريك الآخر ، وقد زال بالإذن (وسرى) العتق الى باقيه (بشرطه) وهو كون المستوفي موسراً بقيمة باقيه (وضمن نصيب شريكه بقيمته مكاتباً) حال العتق ؛ لعتقه عليه باقياً على كتابته ، وولاؤه كله له . وما في يده من المال للذي لم يقبض منه شيئاً مع

كونه بينهما نصفين بقدر ما قبض صاحبه ، والباقي بين العبد وسيده الذي عتق عليه ؛ لأن نصفه عتق بالكتابة ونصفه بالسراية ، فحصة ما عتق بالكتابة للعبد، وحصة ما عتق بالسراية للسيد .

(واذا كاتب ثلاثة عبداً) لهم (فادعى الأداء اليهم) كلهم (فأنكره) ؛أي: أنكره وفاء مال كتابته (أحدهم) ؛ أي : أحد الثلاثة وأقر الآخران (شاركهما) المنكر (فيما أقرا بقبضه) من العبد ، فلو كانوا كاتبوه على ثلاثمائة ، واعترف اثنان منهم بقبض مائتين ،وأنكر الثالث قبض المائة؛شاركهما في المائتين اللتين اعترفا بقبضهما؛ لأنهما اعترفا بأخذهما من ثمن العبد ، والعبد مشترك بينهم، فثمنه يجب أن يكون بينهم ، ولأن ما في يد العبد لهم ، والذي أخذاه كان في يده ، فيجب أن يشترك فيه الجميع (ونصه) ؛ أي : الإمام أحمد (تقبل شهادتهما عليه) ؛ أي: على المنكر بما قبضه من العبد . قطع به الخرقي وغيره ، وهو المذهب ؛ لأنهما شهدا للعبد بأداء ما يعتق به ، فقبلت شهادتهما كالأجنبيين إلا أن ذلك لا يمنع رجوع المشهود عليه عليهما بحصته مما قبضاه، وإلا لما قبلت شهادتهما؛ لأنهما يدفعان عن أنفسهما بها مغرماً ، فإن كان الشريكان غير عدلين لم تقبل شهادتهما ، لكن يؤاخذان بإقرارهما ، فيعتق نصيبهما ، ويبقى نصيب المشهود عليه موقوفاً على القبض،وله مطالبة المكاتب بنصيبه أو مشاركة صاحبيه فيما أخذا. وإن كانا عدلين ولم يشهدا ؛ أخذ المنكر منهما ثلثي مائة ، ومن العبد تمامها ، ولا يرجع المأخوذ منه على الباقين بشيء ؛ لأنه ان أخذ من العبد ؛ فهو يقول ظلمني ، وان أخذ من الشاهدين ؛ فهما يقولان ظلمنا ، وأخذ منا ما لا يستحقه علينا ، والمظلوم إنما يرجع بظلامته على من ظلمه . وإن أنكر الثالث الكتابة فنصيبه باق على الرق اذا حلف أنه ما كاتبه إلا أن يشهدا عليه بالكتابة مع عدالتهما ؛ لأنهما لا يجران بها الى أنفسهما نفعاً (وقياس المذهب لا) تقبل شهادتهما عليه . قاله في «المغني» و «الشرح» (واختاره جمع) منهم ابن أبي موسى وصاحب «الروضة » و «المحرر» وصوبه في«الإنصاف» لأنهما يدفعان عن أنفسهما مغرماً.

ومن شهد بشهادة يجر الى نفسه نفعاً ؛ بطلت شهادته في الكل ، وإنما يقبل ذلك في الإقرار؛ لأن العدالة غير معتبرة فيه ؛ والتهمة لا تمنع من صحته، بخلاف الشهادة ، وقد علمت أن المذهب الأول .

(ومن قبل كتابة) من سيده (عن نفسه و) عن رقيق لسيده (غائب) بأن قال سيد لبعض أرقائه : كاتبتك وفلانا الغائب على مائتين تؤديانهما على قسطين سلخ كل شهر النصف ، فقال العبد : قبلت ذلك لنفسي ولفلان الغائب (صح) ذلك (كتدبير)؛أي: كما يصح التدبير مع غيبة المدبر بجامع كون التدبير والكتابة سببين للعتق ، وإن انفردت الكتابة بشروط ليست للتدبير اذا تقرر هذا (فإن أجاز الغائب) ما قبله له الحاضر من الكتابة؛انعقدت له ، وصار المال عليهما على حكم ما قبل الحاضر (وإلا) يجز الغائب ما فعله الحاضر (لزمه الكل)؛ أي: لزم الحاضر المائتان اللتان كاتبهما السيد عليهما (وعتق) الحاضر بأدائهما(وحده) لحصول القبول منه. ذكره أبو الخطاب

(فصل : وإن اختلفا) ؛ أي: السيد ورقيقه (في كتابة) كما لو ادعى القن على سيده أنه كاتبه على كذا ، فأنكر ، أو ادعى ذلك السيد على قنه ، فأنكر (فقول منكر) منهما بيمينه ؛ لأن الأصل معه .

(ويتجه) على مقتضى ما ذكروه أن السيد يؤاخذ بإقراره بكتابة رقيقه (و) أن رقيقه (يعتق إذا ادعاها) ؛ أي : اذا ادعى (السيد) الكتابة (كما يأتي في) كتاب (الإقرار) من أنه اذا أقر السيد أنه باع رقيقه نفسه بألف عتق عليه الرقيق ؛ لإقرار سيده بالكتابة الموجبة للعتق ، ثم إن صدق الرقيق سيده ؛ لزمه الألف مؤاخذة له بتصديقه ، وإلا يصدقه الرقيق ، حلف ، وبرىء من الألف ؛ لأنه منكر ، فإن نكل قضى عليه بالألف ، وهو متجه. (و)إن اتفقا على الكتابة ، واختلفا (في قدر عوضها) بأن قال السيد : كاتبتك على ألفين ، وقال العبد : بل على ألف ؛ فقول سيد بيمينه ، كما لو اختلف في

أصل الكتابة . وتفارق البيع من وجهين ، أحدهما: أن الأصل في البيع عدم ملك كل واحد منها لما صار اليه ، والأصل في المكاتب أنه هو وكسبه للسيد ، فكان القول قوله فيه . الثاني: أن التحالف في البيع يفيد، ولا فائدة هنا ؛ إذ فائدته فسخ الكتابة ، ورد العبد للرق اذا لم يرض بما حلف عليه السيد ، وهذا حاصل بحلف السيد وحده ، وإنما قدم قول المنكر في سائر المواضع ؛ لأن الأصل معه ، والأصل ههنا مع السيد ؛ لأن الأصل ملكه العبد وكسبه، وسواء كان الاختلاف قبل العتق أو بعده ، مثل أن يدفع لسيده ألفين ، فيعتق ، ثم يدعي المكاتب أن أحدهما عن الكتابة والآخر وديعة ، ويقول السيد : بل هما جميعاً مال الكتابة (أو) اختلفا في (جنسه) ؛أي: عوض مال الكتابة بأن قال السيد : كاتبتك على مائة درهم ، فقال المكاتب : بل على عشرة دنانير؛ فقول سيد ؛ لما تقدم (أو) اختلفا في قدر (أجلها) ؛أي: الكتابة بأن قال السيد : كاتبتك على ألفين الى شهرين كل شهر ألف ، وقال العبد : بل الى سنتين كل سنة ألف ؛ فقول سيد بيمينه ؛ لما تقدم(أو) اختلفا في (وفاءمالها) بأن قال العبد : وفيتك مال الكتابة ، فعيقت ، وأنكر السيد (فقول سيد) بيمينه ؛ لقوله عليه الصلاة السلام : « ولكن اليمين على المدعي عليه » وكذا لو ادعى المكاتب أن سيده أبرأه منها ،فأنكر ؛ لأن الأصل عدم ذلك (وإن) أقر السيد ، ولو في مرض موته المخوف بقبض مال الكتابة ؛ عتق العبد ؛لأنه غير متهم في إقراره بذلك ، ولو (قال) السيد (قبضتهـا) ؛ أي : دراهم الكتابة (إن شاء الله) تعالى (أو) قال قبضتها إن شاء (زيد ؛ عتق)المكاتب (ولم يؤثر) الاستثناء (ولو) كان (في مرضه) كما لو لم يستثن ؛ لأن المرض لا مدخل له في الإقرار ؛ لأن هذا الاستثناء تعليق على شرط ، والذي يتعلق على شرط إنما هو المستقبل ، وقوله: قبضتها ماض ، فلا يمكن تعليقه ؛ لأنه قد وقع على صفة ، فلايتغير عنها بالشرط،وإن قال:استوفيت آخر كتابتي ،وقال

لما أردت أني استوفيت النجم الآخر دون ما قبله ، وادعى العبد إقراره باستيفاء الكل ؛ فقول السيد ؛ لأنه أعلم بمراده .

(ويثبت الأداء) لكتابة (ويعتق) به المكاتب (بشاهد) ؛ أي : برجل واحد (مع امرأتين أو) برجل واحد مع (يمين) العبد ؛ لأن النزاع بينهما في أداء مال الكتابة ، والمال يقبل فيه الشاهد مع اليمين ، والرجل مع المرأتين .

(تتمة) : فإن لم يكن للعبد شاهد ، وأنكر السيد ؛ فالقول قوله ، فإن قال : لي شاهد غائب أنظر ثلاثا ، فإن جاء ؛ وإلا حلف السيد ، ثم متى جاء شاهده ، وأدى الشهادة ، ثبتت حريته ، وإن جرح شاهده ، فقال : لي شاهد آخر ؛ أنظر ثلاثا .

(فصل : و) الكتابة (الفاسدة كـ)ما لو كاتبه (على خمر أو) كاتبه على (خنزير أو) كاتبه على شيء (مجهول) كثوب أو حمار أو نحوهما (يغلب فيها حكم الصفة في أنه) ؛ أي : العبد (إذا أدى) ما سمي فيها (عتق) سواء كان في عقد الكتابة الفاسدة صفة تعليق ؛ كقوله : إن أديت إلي فأنت حر ، أو لم يكن فيه ذلك ؛ لأنه مقتضى الكتابة ؛ فهو كالمصرح به وكالكتابة الصحيحة ، وإذا عتق بالأداء لم يلزمه قيمة نفسه ، ولم يرجع على سيده بما أعطاه ؛ لأنه عتق بالصفة ، وما أخذه السيد منه ؛ فهو من كسب عبده .

و (لا) يعتق في الكتابة الفاسدة (إن أبرىء) المكاتب بما عليه ؛ لعدم صحة البراءة ؛ لأن الفاسد لا يثبت في الذمة (ويتبع ولد) في كتابة فاسدة ؛ لأنه يعتق فيها بالأداء ؛ أشبه الصحيحة و (لا) يتبع (كسب فيها) ؛ أي : الفاسدة فما بيده حين عتق لسيده كما لو علق عتقه بصفة ، فوجدت وبيده مال (ولا يجب) على السيد في الكتابة الفاسدة (الإيتاء) ؛ أي : أن يؤدي إلى المكاتب ربع مال الكتابة أو شيئاً منه ؛ لأن العتق هنا بالصفة ؛ أشبه ما لو قال : إن أديت إلي فأنت حر .

(ولكل) من سيد ورقيق (فسخها) لأنها عقدجائز من الطرفين، ولأن العقد الفاسد لا حرمة له ، ولا يلزم حكمه ، وسواء كان ثمة صفة كقوله : إن أديت إلي فأنت حر ، أو لم تكن ؛ لأنها مبنية على المعاوضة ، وتابعة لها ، والمعاوضة هي المقصودة ، فإذا بطلت المعاوضة ؛ بطلت الصفة المبنية عليها ، بخلاف الصفة المجردة ، ويملك المكاتب في الفاسدة التصرف في كسبه ، وأخذ الزكوات والصدقات كالصحيحة ، وإذا كاتب عدداً كتابة فاسدة ، فأدى اليه أحدهم ؛ عتق كالصحيحة .

(وتنفسخ) الكتابة الفاسدة (بموت سيد وجنونه وحجر عليه لسفه) لأنها عقد جائز من الطرفين ، فلا يؤول إلى اللزوم ، وأيضاً فالمغلب فيها حكم الصفة المجردة ، وهي تبطل بالموت (وإن) كاتب السيد رقيقه كتابة فاسدة و (وقعت) الكتابة (غير منجمة بـ)عوض (مباح معلوم) كوقوعها على عوض محرم كالخمر والخنزير ، أو حالة ، أو على عوض مجهول (فقال الأكثر) من أصحابنا إنها (باطلة من أصلها) لأنه روي عن الإمام أحمد أنه قال : اذا كاتبه كتابة فاسدة ، فأدي ما كوتب عليه ؛ عتق مالم تكن الكتابة محرمة ، فحكم في العتق بالأداء إلا في المحرمة ، فلا يقع العتق عند أبي بكر بأداء المحرم ؛ لأن العقد لا ينعقد بعوض محرم ، بل هو عنده باطل ، وأما في الحالة ؛ فلما روي عن جماعة من الصحابة أنهم عقدوا الكتابة ، ولم ينقل عن واحد منهم عقدها حالة ، ولو جاز ذلك لم يتفقوا على تركه ، ولأنها عقد معاوضة يعجز عن أداء عوضها في الحال ، فكان من شرطها التأجيل كالسلم ، وأما في العوض المجهول ؛ فلأنها عقد معاوضة أشبهت البيع ، وفي التنجيم إذا كان أكثر من نجم حكمتان . إحداهما ترجع إلى المكاتب ، وهو التخفيف عليه ؛ لأن الأداء إذا كان مفرقاً أسهل ، ولهذا تقسط الديون على المعسرين عادة تخفيفاً عليهم . والأخرى للسيد ، وهي أن مدة الكتابة تطول غالباً ، فلو كانت على نجم واحد لم يظهر عجزه إلا

في آخر المدة ، فإذا عجز عاد إلى الرق ، وفاتت منافعه في مدة الكتابة كلها على السيد من غير نفع حصل له ، وإذا كانت منجمة نجوماً ، فعجز عن النجم الأول فمدته يسيرة ، وان عجز عما بعده فقد حصل للسيد نفع بما أخذ من النجوم قبل عجزه (وكان الأولى) في هذه المسألة (تغليب حكم الصفة أيضاً لما تقدم ، ولأن المتأخرين قالوا : إن الكتابة الفاسدة تعليق بصفة ، فلا يؤثر فسادها ولا تحريمها، كما لو قال لعبده : إن أعطيتني خمراً فأنت حر ، فأعطاه ؛ عتق ؛ لوجود الصفة (قاله) زين الدين (ابن رجب) في القاعدة السابعة والأربعين ، وهو المذهب.

(وإن كاتب ذمي قنه) وأسلما أو أحدهما ، أو لم يسلما (وترافعا إلينا ، فإن كانت) الكتابة (صحيحة ؛ أقر العقد) لقوله تعالى : « فاحكم بينهم بما أنزل الله » [1] (أو) كانت الكتابة (فاسدة) مثل أن يكون العوض خمراً ونحوه ، وقد تقابضاه ؛ أقر العقد أيضاً ، وحصل العتق ، سواء ترافعا الينا قبل الإسلام أو بعده ؛ للزومه بالتقابض ، وان تقابضاه بعد الإسلام ؛ فهي كتابة فاسدة ، وتقدم حكمها ، وإن ترافعا (قبل تقابض) للخمر ونحوه (أبطلناه)؛ أي : العقد كسائر عقودهم الفاسدة ، اذا ترافعوا الينا قبل التقابض .

(تتمة) : وتصح كتابة الحربي لرقيقه في دار الحرب ودار الإسلام ، ككتابة الذمي وسائر عقوده ، فإن دخلا مستأمنين الينا لم يتعرض الحاكم لهما ؛ إلا أن يترافعا اليه ، فإن ترافعا اليه ، فإن كانت الكتابة صحيحة ألزمهما حكمها ، وإن دخلا دار الإسلام ، وقد قهر أحدهما صاحبه ؛ بطلت الكتابة؛ لأن دار الحرب دار قهر وإباحة ، فمن قهر صاحبه ـ ولو حراً ـ قهر حرا ملكه. وإن دخلا دار الإسلام من غير قهر ، ثم قهر أحدهما الآخر في دار الإسلام ، لم تبطل الكتابة ؛ لأنه لا أثر للقهر في دار الإسلام .

---

(١) سورة آل عمران ، الآية : ٤٨

باب أحكام أم الولد

أصل أم أمهة ، ولذلك جمعت على أمهات باعتبار الأصل، وقيل الامهات للناس ، والأمات للبهائم ، والهاء في أمهة زائدة عند الجمهور ، ويجوز التسري إجماعاً ؛ لقوله تعالى : « والذين هم لفروجهم حافظون الا على أزواجهم أو ما ملكت أيمانهم »[1] واشتهر أنه صلى الله عليه وسلم أولد مارية القبطية، وعملت الصحابة على ذلك منهم عمر وعلي .

وأم الولد شرعاً هي (من ولدت ولو) كانت ولادتها (بتحمل) بأن تحملت ماء سيدها ، فعلقت منه ، وولدت (ما فيه صورة ، ولو) كانت الصورة (خفية من مالك) متعلق بولدت (ولو) كان مالكاً (بعضها) ولو جزءاً يسيراً (أو) كان مالكها أو بعضها (مكاتباً) لصحة ملكه ، لكن لا يثبت لها أحكام أم الولد حتى يعتق ، ومتى عجز ، وعاد الى الرق ؛ فهي أمة قن ، ولا يملك المكاتب بيعها (أو) كان أولدها (سيده) ؛أي: سيد المكاتب؛ لأن مال الكتابة ملك لسيده ، فإذا وطيء فقد وطئها في ملكه (أو) كانت المستولدة (محرمة عليه) ؛ أي : على سيدها الذي أولدها كأخته من رضاع ، وكمجوسية ووثنية، وكوطئها في نحو حيض (أو) ولدت من (أب مالكها) لأنها حملت منه بحر لأجل شبهة الملك، فصارت أم ولد له كالجارية المشتركة (إن لم يكن الابن وطئها) نصاً . قال القاضي : فظاهره إن كان الابن قد وطئها ؛ لم تصر أم ولد للأب باستيلادها ؛ لأنها تحرم عليه تحريماً مؤبداً بوطء ابنه لها، ولا تحل له بحال، فأشبه وطء الأجنبي ، فلا يملكها ، ولا تعتق بموته ، وأما الولد فيعتق على

---

(١) سورة المؤمنون ، الآية : ٥

أخيه ؛ لأنه ذو رحمه ، ونسبه لاحق بالأب ؛ لأنه من وطء يدرأ فيه الحد ؛ لشبهة الملك .

(وتعتق) أم الولد (بموته) ؛ أي : موت سيدها مسلمة كانت أو كافرة ، عفيفة كانت أو فاجرة ، وكذا حكم السيد ؛ لأن عتقها بسبب اختلاط دمها بدمه ولحمها بلحمه ، فإذا استويا في النسب استويا في حكمه (وإن لم يملك غيرها) لحديث ابن عباس مرفوعاً : « من وطىء أمته ، فولدت ؛ فهي معتقة عن دبر منه » . رواه احمد وابن جامه ، وعنه أيضاً قال : «ذكرت أم إبراهيم عند رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال: أعتقها ولدها» . رواه ابن ماجه والدارقطني . ولأن الاستيلاد إتلاف حصل بسبب حاجة أصلية ، وهي الوطء ، فكان من رأس المال كالأكل ونحوه ، وإن كان من مريض (و) اذا عتقت أم الولد بموت سيدها فـ (ما في يدها لورثته) لأنه كان للسيد قبل موته ، فيكون لورثته بعده ، بخلاف المكاتبة (غير ثياب لبس معتاد) فإنها لها لأنها تتبعها في البيع ، وكذا لو عتقت الأمة بتدبير أو غيره كوجود صفة علق العتق عليها ؛ فما بيدها لسيدها ، وثياب اللبس المعتاد لها ؛ لأنها تتبعها في البيع ، فكذا في العتق .

(ولو وطئها) ؛ أي : أم الولد (وارث) بعد موت سيدها ، وكان وطؤه لها (عمداً ؛ فلا حد) عليه (لأنه لم يرجع عتقها) بموت سيدها ، بل يجب عليه التعزير ؛ لأنه وطء شبهة ، وهذا على القول بجواز بيعها . قال في « الفنون » : يجوز بيعها ؛ لأنه قول علي وغيره من الصحابة ، واجماع التابعين لا يرفعه ، واختاره الشيخ تقي الدين . قال في « الفائق » : وهو الأظهر . قال : فتعتق بوفاة سيدها من نصيب ولدها إن كان لها ولد أو بعضها مع عدم سعته ، ولو لم يكن لها ولد ، فكسائر رقيقه ؛ لما روي عن زيد بن وهب قال : مات رجل منا فترك أم ولد ، فأراد الوليد بن عقبة أن يبيعها في دينه ، فأتينا عبد الله بن مسعود ، فذكرنا ذلك له ، فقال: ان كان لا بد، فاجعلوها من نصيب أولادها،

وفي الباب غيره ، والصحيح لها من المذهب أنه لا يصح بيعها، واذا مات السيد عنها ؛ فإنها تعتق بمجرد موته ، ولو لم يملك غيرها (ويأتي قريباً) مزيد بيان لذلك (وإن وضعت) أمة من مالكها أو أبيه (جسماً لا تخطيط فيه كمضغة)هي لحمة صغيرة . قال ابن قتيبة : سميت بذلك لأنها بقدر ما يمضغ (لم تصر به أم ولد) ؛ لأنه ليس بولد ، وعتقها مشروط بصيرورتها أم ولد، فإن شهد ثقاة من النساء بأن في هذا الجسم صورة خفية ؛ تعلقت بها الأحكام ،جزم به الزركشي؛ لأنهن اطلعن على الصورة التي خفيت على غيرهن (وان أصابها) ؛ أي : أصاب أمة (في ملك غيره بزنا أو لا) كما لو أصابها بنكاح أو شبهة بزوجته الرقيقة التي لم يشترط حرية ولدها (خلافاً لهما) ؛ أي : «الإقناع » و « المنتهى » فإنهما قالا : لا بزنا (ثم ملكها) بشراء أو اتهاب ونحوه حال كونها حاملاً منه (عتق الحمل إن ملكه) في صورتي النكاح والشبهة؛ لأنه فيها ولده ، ونسبه لاحق به ؛ فعتق عليه لذلك،وقوله: بزنا،فيه نظر؛إذ لو ملكها حاملاً من زناه بها،ثم ولدت في ملكه؛ فإن ولدها لا يعتق عليه ؛ لأن نسبه غير لاحق به ، وليس رحمه ، بل هو كالأجنبي منه، وحكمه حكم سائر أرقائه، يتصرف فيه كيف شاء الا في الوطء؛ فيمتنع عليه لو كان أنثى [1] (ولم تصر أم ولد) له على المذهب في الإصابة بالنكاح والشبهة ، وفي الزنا لم تصر أم ولد له قولاً واحداً ، (ومن ملك) أمة (حاملاً) من غيره حرم عليه وطؤها قبل الوضع ؛لقوله عليه الصلاة والسلام في سبايا أوطاس : « لا توطأ حامل حتى تضع». رواه أبو داود (فـ) إن (وطئها) قبل وضعها (حرم) عليه (بيع الولد) ، ولم يصح (و) لا يلحق به، بل(يعتقه). قال احمد من اشترى جارية حاملاً من غيره ، فوطئها قبل وضعها ؛ فإن الولد ، لا يلحق بالمشتري ، ولا يبيعه ، ولكن يعتقه ؛ لأنه قد شرك فيه ؛ لأن الماء

---

(١) أقول ما قاله الأصلان هو المذهب ، وما جزم به المصنف قول مرجوح ، كما ذكره في « الانصاف » . انتهى .

يزيد في الولد ، وفي حديث أبي داود كيف يورثه ، وهو لا يحـــل له ؟! أم كيف يستخدمه،وهو لا يحل له ؟! يعني أنه إن استلحقه،وشركه في ميراثه ؛ لم يحل له ؛ لأنه ليس بولده ، وإن اتخـذه مملوكاً يستخدمه ؛ لم يحل له ؛ لأنه قد شرك فيه ؛ لكون الماء يزيد في الولد (ويصح قوله)؛أي: السيد (لأمته : يدك أم ولدي) ويكون ذلك في الحكم مثل قوله لها : أنت أم ولدي ؛ لأنه اذا أقر أن جزءاً منها مستولد ؛ سرى إقراره بالاستيلاد الى جميعها ، كما لو قال لعبده: يدك حرة ؛ فإن العتق يسري الى جميعه .

و (لا) يصح قول السيد (لابنها) ؛أي: ابن أمته (يدك ابني أو) يقول عنه (هو ابني إن لم يقل) السيد (ولدته في ملكي ، خلافاً «للمنتهى» هنا) ؛أي : في هذا الباب في قوله : ويصح قوله لأمته : يدك أم ولدي أو لابنها يدك ابني، فجعل قوله لابنها يدك ابني إقراراً بأنه ابنه في أنه يسري ذلك الى جميعه ، كما لو قال له : أنت ابني مع أنه ذكر في باب الإقرار وما يخالفه ، فعلى الأصح لو قال لولدها : أنت ابني ، أو هو ابني ، ولم يقل ولدته في ملكي ؛ لم تصر أم ولد له إلا أن تدل قرينة على ولادتها له في ملكه .

(وأحكام أم الولد كـ) أحكام (أمة) غير مستولدة (في إجارة واستخدام ووطء وسائر أمورهـا) كالإعارة والتزويج والعتق والإيداع وملك كسبها وحدها وعورتها وغيره من أحكام الإماء ؛ لما روى ابن عباس مرفوعاً : «من وطىء أمته فولدت له ؛ فهي معتقة عن دبر منه ؛ أو قال: من بعده» . رواه احمد ، فدل على أنها باقية على الرق مدة حياته ؛ فكسبها له (إلا في تدبير) فلا يصح تدبيرها ؛ لأنه لا فائدة فيه ؛ إذ الاستيلاد أقوى منه ، حتى لو طرأ عليه أبطله (أو ما ينقل الملك كبيع) فلا يصح بيع أم الولد (غير كتابة) فتصح كتابتها، وتقدم (وكهبة ووصية ووقف) لحديث ابن عمر مرفوعاً : «أنه نهى عن بيع أمهات الأولاد ، وقال : لا يبعن ولا يوهبن ولا يورثن ؛ يستمتع بهن السيد

ما دام حياً فإذا مات فهي حرة » . رواه الدارقطني ، ورواه مالك في الموطأ ، والدارقطني من طريق آخر عن ابن عمر موقوفاً . قال المجد : وهو أصح ، ولقوله صلى الله عليه وسلم: «أعتقها ولدها» . وروى سعيد : حدثنا أبو معوية عن المغيرة عن الشعبي عن عبيدة قال : خطب علي الناس ، فقال : شاورني عمر في أمهات الأولاد ، فرأيت أنا وعمر عتقهن ، فقضى به عمر حياته ، وعثمان حياته ، فلما وليت رأيت فيهن رأياً . قال عبيدة : فرأي عمر وعلي في الجماعة أحب الينا من رأي علي وحده . وروى عكرمة عن ابن عباس قال قال عمر: ما من رجل كان يقر بأنه يطأ جاريته ، ثم يموت إلا أعتقتها اذا ولدت ، وإن كان سقطاً .

فإن قيل : فكيف يصح دعوى الإجماع مع مخالفة علي وابن عباس وابن الزبير؟ قلنا : قد روي عنهم الرجوع عن المخالفة . فروى عبيدة قال : بعث إلي علي والى شريح أن اقضوا كما كنتم تقضون ، فإني أبغض الاختلاف ، وابن عباس قال : ولد أم الولد بمنزلتها ، وهو الراوي لحديث عتقهن عن النبي صلى الله عليه وسلم وعن عمر ، فيدل على موافقته لهم ، ثم قد ثبت الإجماع باتفاقهم قبل المخالفة ، واتفاقهم معصوم عن الخطأ ، فإن الأمة لا تجتمع على ضلالة ، ولا يجوز أن يخلو زمن عن قائم لله بحجته ، ولو جاز ذلك في بعض العصر ، لجاز في جميعه ، ورأي الموافق في زمن الاتفاق خير من رأيه في الخلاف بعده ، فيكون الاتفاق حجة على غيره ، فإن قيل: فلو كان الاتفاق في بعض العصر إجماعاً حرمت مخالفته ، فكيف خالفه الأئمة هؤلاء الذين لا يجوز نسبتهم الى ارتكاب الحرام ؟ قلنا : الإجماع ينقسم الى مقطوع به ومظنون ، وهذا من المظنون ، فيمكن وقوع المخالفة منهم له مع كونه حجة ، كما وقع منهم مخالفة النصوص الظنية ، ولم تخرج بمخالفتهم عن كونها حجة كذا ههنا ، قاله في «المغني» (أو يراد له) ؛ أي : لنقل الملك (كرهن) فلا يصح رهنها ؛ لأن القصد منه البيع في الدين ، ولا سبيل اليه (وولدها) ؛ أي: أم الولد الحادث (من غير سيدها) إن أتت به

(بعد إيلادها) من سيدها (كهي) سواء أتت به من نكاح أو شبهة أو زنا ، وسواء عتقت بموت سيدها ، أو ماتت قبل سيدها ، ويجوز فيه من التصرفات كل ما يجوز في أم الولد ، ويمتنع فيه كلما يمتنع في أم الولد ، وذلك لأن الولد يتبع أمه في الحرية والرق ، فكذلك في سبب الحرية . قال احمد : قال ابن عمر وابن عباس وغيرهما : ولدها بمنزلتها. (إلا أنه) ؛ أي: ولدها (لا يعتق بإعتاقها) ؛ أي : بإعتاق السيد لأم الولد ؛ لأنها عتقت بغير السبب الذي تبعها فيه ، ويبقى عتقه موقوفاً على موت سيده ، وكذا لو عتق ولدها لم تعتق بذلك (بل) تعتق (بموته) ؛ أي: سيدها (أو) ؛ أي: ولا يعتق ولدها بـ (موتها قبل سيدها) ويبقى عتقه موقوفاً على موت سيدها ، لبقاء التبعية (وإن مات سيدها وهي حامل) منه (فنفقتها لمدة حملها من مال حملها) ؛ أي : نصيبه الذي وقف له لملكه له ، ومحل ذلك إن كان للحمل مال (وإلا) بأن لم يخلف السيد شيئاً يرث منه الحمل (فـ) نفقة الحمل (على وارثه) الموسر ؛ لقوله تعالى: «وعلى الوارث مثل ذلك»[1] (وكلما جنت أم ولد) على غير سيدها تعلق أرش جنايتها برقبتها و (فداها سيدها بالأقل من أرش) الجناية (أو) من (قيمتها يوم فداء) وإن كانت حينئذ مريضة أو مزوجة ونحوه ؛ أخذت قيمتها بذلك العيب ؛ لأنها لو تلفت جميعها لسقط الفداء ، فيجب أن يسقط بعضه بتلف بعضها ، وإن زادت قيمتها زاد فداؤها ؛ لأن المتعلق زاد ، فزاد الفداء بزيادته كالقن. قال في «الشرح» : وينبغي أن تجب قيمتها (معيبة بعيب الاستيلاد) لأنه ينقصها ، فاعتبر كالمرض وغيره من العيوب ، وإن كسبت شيئاً فهو لسيدها دون المجنى عليه ، وكذلك ولدها ؛ لأنه منفصل عنها ، وإن فداها في حال حملها ؛ فعليه قيمتها حاملاً ؛ لأن الولد متصل بها أشبه سمنها (ولو اجتمعت أروش) بجنايتها (قبل إعطاء شيء منها) ؛ أي : الأروش (تعلق الجميع) من الأروش (برقبتها ، ولزم سيداً الأقل من

---

(١) سورة البقرة ، الآية : ٢٣٣

أرش) جميع الجنايات (أو) من (قيمتـ)ـها يشترك فيها أرباب الجنايات (فإن لم تف) القيمة بأروش أرباب الجنايات (تحاصوا) فيها (بقدر حقوقهم) لأن السيد لا يلزمه أكثر من القيمة كالجنايات على شخص واحد (فإن ماتت) أم الولد الجانية (قبل فداء لا بفعل سيد) ها (فلا شيء عليه) ؛ أي: سيدها ؛ لأنه لم يتعلق بذمته ، وإنما الأرش تعلق برقبتها وقد فاتت ، وأما اذا ماتت بفعل سيدها كقتله إياها ؛ فعليه قيمتها ان كانت أقل من أرش الجناية يسلمها للمجني عليه أو وليه ، وكذا لو أعتقها ، وإن نقصها فعليه أرش نقصها .

(وإن قتلت) أم ولد (سيدها ــ ولو عمدا ــ عتقت) لأن المقتضي لملكها زوال ملك سيدها عنها ، وقد زال ، فإن قيل ينبغي أن لا تعتق كما لا يرث القاتل وكالمدبر ؛ أجيب بأنها لو لم تعتق بذلك ؛ لزم جواز نقل الملك فيها ، ولا سبيل اليه ، ولأن الحرية لله ، والاستيلاد أقوى من التدبير .

(ولوليه) ؛ أي : ولي السيد (إن لم يرث ولدها شيئاً من دمه) ؛أي: السيد بأن قام بالولد مانع من موانع الإرث (القصاص) كغير أم ولده ، فإن ورث ولدها شيئاً من دم سيدها ؛ فلا قصاص ؛ لأنه لا يجب للولد على أحد أبويه (فأن عفا) عنها ولي السيد (على مال لزمها الأقل من قيمتها أو ديته) ؛أي:السيد (كخطأ) ؛ أي : كما لو قتلت سيدها خطأ أو شبه عمد ؛ لأنها جناية من ولد ،فلم يجب بها أكثر مما ذكر اعتباراً بحال الجناية ، وكما لو جنى عبد ، فأعتقه سيده ، وهي حال الجناية أمة ، وإنما تعلق موجب الجناية بها ؛ لأنها فوتت رقها بقتلها لسيدها ، فأشبه ما لو فوت المكاتب الجاني رقه بأدائه (ولا حد بقذف أم ولد) كالمدبرة ؛ لأنها أمة حكمها حكم غيرها من الإماء في أكثر الأحكام ، ففي الحد أولى ؛ لأنه يدرأ بالشبهات ، ويحتاط لإسقاطه ويعزر قاذفها ؛ لارتكابه معصية لا حد فيها ولا كفارة .

(وإن أسلمت أم ولد لكافر منع من غشيانها) ؛ أي : وطئها والتلذذ

ومن الخلوة ؛ لإفضائها الى الوطء المحرم ؛ لقوله تعالى : « فلا ترجعوهن الى الكفار»[1]. الآية (وحيل بينه وبينها) لئلا يغشاها ، وتجعل عند امرأة ثقة لتحفظها ، ولا تعتق بإسلامها ، بل يبقى ملكه عليها على ما كان قبل إسلامها (وأجبر) سيدها (على نفقتها إن عدم كسبها) لوجوبها عليه ؛ لأنه مالكها، ونفقة المملوك على سيده ، فإن كان لها كسب ؛ فنفقتها فيه ؛ لئلا يبقى له ولاية عليها بأخذ كسبها والإنفاق عليها مما شاء ، وإن فضل عن كسبها شيء عن نفقتها فلسيدها. ذكره القاضي وتبعه جماعة ، وإن كان كسبها لا يفي بنفقتها ؛ لزمه تمام النفقة الى أن يموت ؛ لأنها مملوكته (فإن أسلم) سيدها (حلت له) لزوال المانع ، وهو الكفر (وإن مات) سيدها (كافراً عتقت) بموته كسائر أمهات الأولاد ، ولعموم الأخبار .

(وان وطىء أحد اثنين) مشتركين في أمة (أمتها ، أدب) لفعله محرماً، ولا حد فيه ؛ لمصادفته ملكاً كوطء أمته الحائض (ولزمه) ؛ أي : واطىء المشتركة (لشريكه من مهر) ها (بقدر حصته) منها سواء طاوعته أو أكرهها ؛ لأنه سيدها ، فلا يسقط بمطاوعتها كما لو أذنت في إتلاف بعض أعضائها (فلو) أحبلها أو (ولدت) من وطئه (صارت أم ولده) اذا وضعت ما يتبين فيه بعض خلق الإنسان ، كما لو كانت خالصة له ، وتخرج بذلك عن ملك الشريك ، موسراً كان الواطىء أو معسراً ؛ لأن الإيلاد أقوى من الإعتاق كما تقدم (وولده) ؛ أي : الشريك الواطىء (حر) لأنه من محل للواطىء فيه ملك ، أشبه ما لو وطىء أمته في حيض أو احرام (ويستقر في ذمته) ؛ أي : الواطىء (ولو) كان (معسراً) نصاً (قيمة نصيب شريكه) من الموطوءة ؛ لأنه أخرجه من ملكه أشبه ما لو أخرجه منه بالإعتاق أو الإتلاف ، وإنما سرى الإيلاد الى نصيب شريكه مع عسرته ، بخلاف الإعتاق ؛ لأنه أقوى ؛ لكون الإيلاد

---

(١) سورة الممتحنة ، الآية : ١٠

ليس من فعل الشريك ، وإن كان الوطء من فعله ؛ لوجود الوطء بلا إيلاد ؛ فهو من الأسباب التي لا يمكن دفع مسبباتها كالزوال ؛ لوجود الظهر ، و (لا) يلزم الشريك الواطىء لشريكه شيء (من مهر و) قيمة (ولد) لأن حصة الشريك انتقلت الى ملك شريكه الواطىء بمجرد العلوق ، فصارت كلهـا له ، وانعقد ولده حراً (كما لو أتلفها) فماتت من الوطء فلا يلزمه الا قيمة نصيب شريكه ، كما لو قتلها (فإن أولدها) الشريك (الثاني بعد) إيلاد الاول (فعليه مهرها) كاملاً ؛ لمصادفة وطئه ملك الغير ؛ فأشبه ما لو وطىء أمة أجنبية (وولده) منها (رقيق) تبعاً لأمه ؛ لأنه لا ملك له فيها (إن علم إيلاد شريكه) لأن الوطء حرام (وان جهله) ؛ أي: جهل الواطىء الثاني إيلاد شريكه الاول ، أو علمه ، وجهل حصته ؛ انتقل ملكهـا للواطيء الاول بإيلادها ، وأنها صارت أم ولد للأول بذلك (فـ) ولده (حر) لأنه من وطء شبهة (و) على الواطىء الثاني أن (يفديه) ؛ أي : يفدي ولده الذي أتت به من وطئه؛ لكونه فوّت رقه على الاول ، فيفديه بقيمته (يوم الولادة) لأنه أول إمكان تقويمه ، ولا فرق فيما تقدم بين كون الأمـــة بينهما نصفين ، أو لأحدهمـا جزء من الف جزء ، والباقي للآخر .

فهارس مطالب اولي النهى

الجزء الرابع